DE GRUYTER

VVDStRL 78
Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

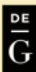
GLEICHHEIT, VIELFALT, TECHNISCHER WANDEL

Steffen Augsberg, Friederike Wapler
GLEICHHEIT ANGESICHTS VON VIELFALT IM PHILOSOPHISCHEN UND JURISTISCHEN DISKURS

Wolfram Cremer, Benjamin Schindler
RECHTSANWENDUNGSGLEICHHEIT IN MEHREBENENSYSTEMEN

Annette Guckelberger, Hanno Kube
E-GOVERNMENT: PARADIGMENWECHSEL IN VERWALTUNG UND VERWALTUNGSRECHT?

Gernot Sydow, Angelika Siehr
STAATLICHER REGULIERUNGSAUFTRAG IN DER FORTPFLANZUNGSMEDIZIN?



Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Band 78

GLEICHHEIT, VIELFALT, TECHNISCHER WANDEL

I. Gleichheit und Vielfalt

Steffen Augsberg, Friederike Wapler

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses

Wolfram Cremer, Benjamin Schindler

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

II. Rechtliche Verarbeitung des technischen und medizinischen Wandels

Annette Guckelberger, Hanno Kube

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

Gernot Sydow, Angelika Siehr

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Bonn vom 3.–6. Oktober 2018

De Gruyter

Redaktion: Ute Sacksofsky (Frankfurt a.M.)

ISBN 978-3-11-064338-1
e-ISBN (PDF) 978-3-11-064565-1
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-064425-8

Library of Congress Control Number: 2018967846

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.dnb.de abrufbar.

Datenkonvertierung und Satz: Satzstudio Borngräber, Dessau-Roßlau
Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck

www.degruyter.com

Inhalt

Jahrestagung 2018

Vom 3. bis 6. Oktober 2018 fand in Bonn die 78. Jahrestagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer statt. Es war dies nach 1953 und 1978 bereits die dritte Staatsrechtslehrertagung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, die kurz darauf, am 18. Oktober 2018, ihr 200-jähriges Bestehen feierte. 346 Mitglieder, 21 Gäste und 53 Begleitpersonen nahmen an der Bonner Tagung teil, die durch das kooptierte Vorstandsmitglied *Christian Hillgruber* und seine engagierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter hervorragend organisiert war.

Am Mittwochnachmittag, 3. Oktober, wurde die jährliche Mitgliederversammlung abgehalten. In ihr gedachten die Mitglieder der Vereinigung der seit der letzten Jahrestagung verstorbenen Mitglieder *Ilse Staff*, *Ralf Dreier*, *Hans-Werner Laubinger* und *Dietrich Schindler*. Die Vereinigung wird Ihnen ein ehrendes Andenken bewahren.

Den Auftakt des Fachprogramms der Tagung bildeten die Gesprächskreise, die am Mittwochvormittag in den Räumen des Hauptgebäudes der Universität tagten. Der Gesprächskreis Verwaltung behandelte mit Referaten der Mitglieder *Ralph Alexander Lorz*, seit 2014 Hessischer Kultusminister, und *Jörg Ennuschat* das Thema „Integrationsfeld Schule – Migrationsfolgen und Verwaltung“. Im Gesprächskreis Grundlagen des Öffentlichen Rechts hielt *Udo di Fabio* das Hauptreferat „Staat im Recht“, zu dem *Karl-Heinz Ladeur* und *Christoph Möllers* als Kommentatoren fungierten. Der „Brexit“ und die Zukunft des Europarechts standen im Gesprächskreis Europäisches Verfassungsrecht im Zentrum der Diskussion; das Referat von *Robert Schütze*, Durham European Law Institute, kommentierten hier *Thomas Voland*, Anwaltskanzlei Clifford Chance, und *Christoph Wolfrum*, Auswärtiges Amt.

Die Plenarvorträge und -diskussionen am Donnerstag und Freitag waren den beiden Hauptthemen „Gleichheit und Vielfalt“ und „Rechtliche Verarbeitung des technischen und medizinischen Wandels“ gewidmet. Die Vorstandsmitglieder *Ute Sacksofsky* und *Christian Waldhoff* leiteten die im vorliegenden Band dokumentierten Debatten. Der Vortrag von *Hanno Kube*, der erkrankt war, wurde von Christian Waldhoff verlesen. Die besonderen Licht- und Raumverhältnisse des alten Plenarsaals des Deutschen Bundestages, wo die Verhandlungen stattfanden, trugen zu einer erhellenden und lebhaften Aussprache bei.

Die Tagung wurde traditionsgemäß durch ein Begleitprogramm und Abendempfänge umrahmt. Bereits am 2. Oktober traf sich der Vorstand mit den 13 neu in die Vereinigung aufgenommenen Mitgliedern, darunter Frau *Hidemi Suzuki*, Universität Keio, Japan, sowie den akademischen Mentorin-

nen und Mentoren der neuen Mitglieder. Am Abend des 3. Oktober empfingen der Oberbürgermeister der Stadt Bonn *Ashok-Alexander Sridharan* und der Rektor der Universität Bonn *Michael Hoch* die Teilnehmer im Bonner Kunstmuseum, wo das Haydn'sche Kaiserquartett, darunter der zum Tag der Deutschen Einheit passende zweite Satz, von Musikern des Collegium musicum der Universität Bonn dargeboten wurde. Der Ort des Empfangs lag in der Nähe des Museums König, vor 70 Jahren Beratungsstätte des Parlamentarischen Rates. Für den Empfang von Herrn Ministerpräsident *Armin Laschet* am Donnerstagabend hatte die Landesregierung von Nordrhein-Westfalen die Redoute im Stadtteil Bad Godesberg ausgewählt, ein noch unter kurfürstlicher Ägide errichtetes Ballhaus, das der Begegnung einen glanzvollen Rahmen verlieh.

Ein festliches Abendessen am Freitag in dem am Rhein gelegenen Hotel Königshof, wo seitens der Bonner Kollegen *Wolfgang Durner* die Tagung mit Witz und Ironie Revue passieren ließ, sowie am Samstag ein Ausflug an die Ahr bildeten den Abschluss der Bonner Zusammenkunft. Der Ausflug hatte die Besichtigung des alten Regierungsbunkers zum Ziel, der als Erinnerungsort der Zeit des Kalten Krieges Bestandteil der Geschichte der „Bonner Republik" ist, und führte anschließend, in Annäherung an die gute Lebensart des Rheinlandes, zu einer Weinkellerei.

Den Referentinnen und Referenten der Tagung sei für ihre ausgezeichneten Vorträge, den Bonner Organisatoren, insbesondere *Christian Hillgruber*, für ihre Gastfreundschaft und die vortreffliche Gestaltung des Rahmens der Zusammenkunft herzlich gedankt. *Ute Sacksofsky* und ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gebührt unser Dank für die Redaktion des Tagungsbandes.

Speyer, im November 2018 *Karl-Peter Sommermann*

Erster Beratungsgegenstand:

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses

1. Referat von *Steffen Augsberg*, Gießen

Inhalt

I. Problemaufriss: Gleichheit und Vielfalt in Komplementarität und Spannung

Gleichheit[1] und Vielfalt[2] sind vielschichtige, insbesondere in ihrem Verhältnis zueinander mehrdeutige Begriffe. Zwischen beiden können erhebliche Spannungen bestehen.[3] Doch darf das Spannungs- nicht im Sinne eines Widerspruchs- oder wechselseitigen Ausschlussverhältnisses überinterpretiert werden. Es wäre sinnlos, über Gleichheit angesichts von Homogenität oder gar Identität[4] zu sprechen.[5] Aber es hilft auch wenig, in überschießender Interpretation eine angeblich verkannte Harmonie zu behaupten. Die bisweilen anzutreffende Annahme, Gleichheit setze Vielfalt (und Vielfalt Gleichheit) voraus,[6] verweist zu Recht auf die gemeinschaftskonstituie-

---

[1] Vgl. nur *Otto Dann* Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980; *ders.* Gleichheit, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.) Geschichtliche Grundbegriffe, 1975, 995 ff.

[2] Vgl. zur Begriffsgeschichte *Réjane Sénac* L'invention de la diversité, 2012, 35 ff.; s. auch *Monika Salzbrunn* Vielfalt/Diversität, 2014, 8 ff.; aus juristischer Sicht etwa *Erhard Denninger* Menschenrechte und Grundgesetz, 1994, 13 ff.; *Rainer Nickel* Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, 1999, 16 ff. *Wolfgang Schluchter* Die Zukunft der Religionen, in: Wolfgang-Ritter-Stiftung (Hrsg.) Religiöser Pluralismus, 2001, 15 (24), schlägt vor, zwischen (unstrukturierter) „Vielheit" (im Sinne eines bloßen Nebeneinanders) und strukturierter „Vielfalt" (als „beziehungsreiches Mit- und auch Gegeneinander") zu unterscheiden.

[3] Insoweit bestehen gewisse Parallelen zur Debatte über das Verhältnis von Gleichheit und (Privat-)Autonomie, vgl. dazu insbes. die Referate von *Matthias Jestaedt* und *Gabriele Britz* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 298 ff., 355 ff., ferner *Michael Grünberger* Personale Gleichheit, 2013, v.a. 527 ff.; *Moritz Zoppel* Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht, 2015, 19 ff., sowie die Beiträge in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hrsg.) Autonomie im Recht, 2018.

[4] Dabei ist auf ein mögliches Missverständnis hinzuweisen: Der Begriff Identität wird an dieser Stelle natürlich (noch) nicht im Sinne einer individuellen oder kollektiven Identifikation mit etwas, sondern im Sinne eines „Identisch-Seins" verwendet.

[5] Ähnlich schon *Ute Gerhard* Menschenrechte auch für Frauen?, Kritische Justiz 20 (1987), 127.

[6] Vgl. in diesem Sinne zuletzt etwa *Alexander Thiele* Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und juristischen Diskurses, DVBl 2018, 1112 (1114 m.w.N.); vgl. auch *Sigrid Boysen* Gleichheit im Bundesstaat, 2005, 119 ff., 281; *Jörg Ennuschat* Der Leitspruch für Europa: „In Vielfalt geeint", in: Klaus Stern/Peter Tettinger (Hrsg.) Europäische Verfassung im Werden, 2006, 111 (113).

rende Bedeutung von Pluralität und Alterität,[7] geht aber an den Problemen etwas vorbei. Denn vielfältige, heterogene (Gesellschafts-)Strukturen sind ihrer Natur nach nicht-egalitär.[8] Deshalb muss den Ambivalenzen und Friktionen nachgespürt und nach möglichen Grenzen und Abspannungsmöglichkeiten gefragt werden.

Gleichheit und Vielfalt sind dabei, und das ist der Kernpunkt der nachfolgenden Überlegungen, sowohl in deskriptiv-analytischer wie in normativer Perspektive, aber zumal in deren jeweiligen Verschleifungen zu erfassen. Mit Blick auf die Vielfalt dürfte dies – ungeachtet der damit verbundenen erheblichen terminologischen Unschärfen[9] – unmittelbar einleuchten.[10] Der Begriff wird zunächst mit tatsächlichen Vorgängen in Ver-

---

[7] Prägnant hierzu *Hannah Arendt* Vita activa oder vom tätigen Leben (1960), 6. Aufl. 2007, 272: „denn eine Gemeinschaft besteht natürlich niemals, nach den Worten Aristoteles', aus dem Zusammenschluß zweier Ärzte, sondern zwischen einem Arzt und einem Bauern, und ‚überhaupt zwischen Leuten, die verschieden und einander ungleich sind'." Speziell zum Staat s. *Aristoteles* Politik II 2, 1261a 20 ff. (deutsche Übersetzung nach Eckart Schütrumpf), Akademie-Ausgabe, 1991: „Ein Staat setzt sich nicht nur aus einer größeren Anzahl von Menschen zusammen, sondern auch aus solchen, die der Art nach verschieden sind, denn ein Staat entsteht nicht aus Gleichen."

[8] Vgl. etwa *Donald L. Horowitz* Ethnic Groups in Conflict, 2. Aufl. 2001; *Christof Mandry* Wie viel Pluralismus verträgt die Gesellschaft?, Amos international 10 (2016), 3 ff.; *Birgit Sauer* Diversity. Eine staats- und hegemonietheoretische Reflexion, Femina Politica 2007, 33 (37): „Soziale und kulturelle Differenzen sind konflikthafte soziale Verhältnisse"; ähnlich *Ute Sacksofsky* Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), 9 (33): „Das Konfliktpotential, das religiöse Vielfalt mit sich bringt, lässt sich mindern, ausschließen lässt es sich nicht."; s. auch die Beiträge in: Susanne Schröter (Hrsg.) Normenkonflikte in pluralistischen Gesellschaften, 2017. Zur Gleichheitsrelevanz der Diversität s. bereits *Amartya Sen* Equality of What?, in: Sterling M. McMurrin (Hrsg.) Tanner Lectures on Human Values, 1980, 195 (202 f., 215).

[9] Vgl. zu den unterschiedlichen Les- und Deutungsarten v.a. *Anna Leisner-Egensperger* Vielfalt – Ein Begriff des Öffentlichen Rechts, 2004, 19 ff.; ferner *Boris P. Paal* Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, 2010, 72 ff.; s. auch *Ute Sacksofsky* Gleichheit in der neuen Vielfalt, in: Kritische Justiz (Hrsg.) Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, 2009, 147 ff.

[10] S. entsprechend schon *Thomas Duve* Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität – rechtshistorische Annäherungen, Arbeitspapier/Working Paper 7, 2013 (online abzurufen unter: http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29166). *Gunnar Folke Schuppert* Governance of Diversity, 2017, 23 ff., unterscheidet im Anschluss an *Christof Mandry* (Pluralismus als Problem und Pluralismus als Wert, in: Christoph Bultmann/Jörg Rüpke/Sabine Schmolinsky [Hrsg.] Religionen in Nachbarschaft, 2012, 29 ff.) zwischen Pluralität als sozialer Tatsache und Pluralismus als Einstellung zur Pluralität. Ähnlich *Christoph Bochinger* Ist religiöse Vielfalt etwas Gutes?, in: Afe Adogame/Magnus Echtler/Oliver Freiberger (Hrsg.) Alternative Voices, 2013, 285 (286 mit Fn. 7 m.w.N.).

bindung gebracht.[11] In der jüngeren Vergangenheit bezieht sich das meist auf – in charakteristisch doppelter Weise – von außen auf die Gesellschaft und das Recht einwirkende Veränderungen.[12] Konkret wird Vielfalt als Resultat von Migration angesehen (Multikulturalität).[13] Noch spezieller werden die damit einhergehenden Bewegungen der Religionslandschaft thematisiert.[14] Es ist erstaunlich, wie eng in unserem angeblich „säkularen Zeitalter“[15] im gesamten Diskurs[16] über Vielfalt individuelle Identitäten und kollektive Kultur an das Phänomen „Religion“ geknüpft werden.[17] Die Ubi-

---

[11] Vgl. aber auch *Claude Lévi-Strauss* Anerkennung der kulturellen Vielfalt, in: *ders.* Anthropologie in der modernen Welt, 2012, 105 (122): „[...] die Vielfalt der Kulturen ist den Menschen selten als das erschienen, was sie ist: als natürliches Phänomen, das aus den direkten und indirekten Beziehungen der Gesellschaften resultiert. Sie sahen darin eher eine Art von Ungeheuerlichkeit oder Skandal. Schon in ferner Vorzeit veranlasste eine Neigung, die so fest verankert ist, dass man sie für instinktiv halten könnte, die Menschen dazu, Sitten, Glaubensvorstellungen, Bräuche und Werte, die von denen in ihrer eigenen Gesellschaft geltenden am meisten entfernt sind, schlicht und einfach zu verwerfen [...]. Damit weigert man sich, die kulturelle Vielfalt anzuerkennen.“ S. hieran anknüpfend *Volker Heins* Der Skandal der Vielfalt, 2013, 10.

[12] Umgekehrt existieren auch rechtsinduzierte vielfaltsgefährdende Entwicklungen. Viel diskutiert wurden zuletzt etwa im Kontext des Wirtschaftsvölkerrechts die Auswirkungen internationaler Handelsabkommen auf kulturelle Vielfalt; vgl. dazu etwa *Franziska Sucker* Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018.

[13] Vgl. in diesem Sinne namentlich *Charles Taylor* Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, 2009; s. auch *Schuppert* Governance of Diversity (Fn. 10), 39 ff., sowie die Beiträge in: Boris Nieswand/Heike Drotbohm (Hrsg.) Kultur, Gesellschaft, Migration, 2014.

[14] Vgl. nur *Schuppert* Governance of Diversity (Fn. 10), 101 ff.; *Christian Waldhoff* Die Zukunft des Staatskirchenrechts, in: Burkhard Kämper/Hans-Werner Thönnes (Hrsg.) Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 42 (2008), 55 (65: Pluralität und „Diffusität“ des Religiösen), sowie die Beiträge in: Regina Polak/Wolfram Reiss (Hrsg.) Religion im Wandel: Transformation religiöser Gemeinschaften in Europa durch Migration, 2015; s. auch die Mitte März 2018 i.R.d. 53. „Essener Gespräche“ zum Thema „Der Rechtsstatus religiöser Verbände“ gehaltenen Vorträge sowie die Staatsrechtslehrerreferate von *Ute Sacksofsky* und *Christoph Möllers* zum Thema „Religiöse Freiheit als Gefahr?“, VVDStRL 68 (2009), 9 ff., 47 ff.

[15] *Charles Taylor* Ein säkulares Zeitalter, 2009. *Peter L. Berger* unterscheidet zwischen dem Pluralismus der Religionen und dem Pluralismus von Religiösität und Säkularität, vgl. dazu die Beiträge in: Peter L. Berger/Silke Steets/Wolfram Weiße (Hrsg.) Zwei Pluralismen, 2017.

[16] Diskurse werden nachfolgend mit *Michel Foucault* (Archäologie des Wissens, 1981, 74) verstanden als mit „eigenen Regeln“ versehene „Praktiken [...], die systematisch die Gegenstände bilden, von denen sie sprechen.“ S. aus juristischer Sicht auch die Referate von *Olivier Jouanjan* und *Franz Reimer* zum Thema „Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht“, VVDStRL 77 (2018), S. 351 ff., 413 ff.

[17] Man mag an dieser Stelle in Frage stellen, ob es überhaupt zutreffend ist, für die Gegenwart eine Zunahme an Vielfalt zu diagnostizieren oder ob die entsprechenden Aussagen nicht im historischen Vergleich zu relativieren sind, so etwa *Thomas Bauer* Die Verein-

quität dieser Beschreibungen darf jedoch nicht dazu führen, den der Vielfalt innewohnenden normativen Gehalt aus dem Blick zu verlieren. So ist etwa die Forderung, die „Vielfalt der Religionen, Kulturen und Sprachen" zu achten, nicht auf die unionale Grundrechtscharta begrenzt;[18] sie findet sich ähnlich auch sonst im internationalen[19] wie im nationalen[20] Recht. Beson-

deutigung der Welt, 2018, 7 ff. Indes ist kaum zu bestreiten, dass zumindest in der historischen Nahperspektive und einer gewissen regionalen Verengung in der jüngeren und jüngsten Vergangenheit massive Umwälzungen stattgefunden haben. Vgl. exemplarisch mit Blick auf die Religion *Detlef Pollack* Säkularisierung – ein moderner Mythos?, 2003, 132 ff. Möglicherweise ist hier eine interessante Dialektik zu beobachten, soweit die vergleichsweise große Homogenität, die das Nachkriegseuropa charakterisiert, zu sozialer Kohäsion und Prosperität beigetragen und damit die Attraktivität für Außenstehende erhöht, also Migrationsbewegungen (mit) in Gang gesetzt hat (s. dazu noch unten Fn. 106). Anders indes etwa *Charles Taylor* Multikulturalismus (Fn. 13), 70, der gerade die Vielfalt der Kulturen als harmonieförderlich ansieht. Entsprechend formuliert Art. 2 der UNESCO Declaration on Cultural Diversity vom 2.11.2001: „In our increasingly diverse societies, it is essential to ensure harmonious interaction among people and groups with plural, varied and dynamic cultural identities as well as their willingness to live together. Policies for the inclusion and participation of all citizens are guarantees of social cohesion, the vitality of civil society and peace. Thus defined, cultural pluralism gives policy expression to the reality of cultural diversity. Indissociable from a democratic framework, cultural pluralism is conducive to cultural exchange and to the flourishing of creative capacities that sustain public life."

[18] Art. 22 GRC, s. dazu etwa *Ennuschat* „In Vielfalt geeint" (Fn. 6), 111 (112 ff.); zur begrenzten normativen Wirkung *Torsten Kingreen* in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 22 GRC Rn. 4: „Die Vorschrift hat aber vor allem eine die Grundrechte bestärkende und im Rahmen ihrer Auslegung heranzuziehende Funktion: Vielfalt steht für ein liberales Grundrechtsverständnis, das Grundrechte als hoheitlicher Deutung voraus liegende individuelle Garantien interpretiert." Siehe im unionalen Kontext ferner Art. 13 Abs. 4 EUV und dazu *Alexander Thiele* § 93: Der Ausschuss der Regionen – ein Beitrag zur föderalen Vielfalt in der Europäischen Union, in: Ines Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. IV: Föderalismus in Europa und der Welt, 2012; zur EU insgesamt siehe auch JöR 66 (2018) mit dem Schwerpunktthema: Einheitliches Recht und Vielfalt der einzelstaatlichen Rechtskulturen.

[19] Vgl. dazu etwa *Seyla Benhabib* Kulturelle Vielfalt und demokratische Gleichheit, 1999; *Marie-Claire Foblets/Nadjma Yassari* Approches juridiques de la diversité culturelle – Legal Approaches to Cultural Diversity, 2013; *Carla Thies* Kulturelle Vielfalt als Legitimationselement der internationalen Gemeinschaft, 2013; *Ana Filipa Vrdoljak* Liberty, Equality, Diversity: States, Cultures and International Law, in: dies. (Hrsg.) The Cultural Dimension of Human Rights Law, 2013, 26 ff.

[20] Vgl. dazu für das deutsche Recht nur *Gabriele Britz* Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, v.a. 110 ff., 183 ff.; rechtsvergleichend die Beiträge in: Eva Brems (Hrsg.) Diversity and European Human Rights, 2012, und in: Marie-Claire Foblets u.a. (Hrsg.) Cultural Diversity and the Law, 2010.

ders deutlich wird die normative Dimension in der latinisierten respektive englischen Version von Vielfalt,[21] als Diversität bzw. *diversity*.[22]

Bei der Gleichheit verhält es sich eher umgekehrt: Hier besteht im Ausgang kaum ein Zweifel daran, dass sie nicht einen tatsächlichen Zustand, sondern ein Ideal beschreibt. Echte Gleichheit gibt es in der Natur[23] nicht.[24] Selbst in diesbezüglich radikalen philosophischen Entwürfen, namentlich im Marxismus,[25] wird Gleichheit folglich nicht als vorhandener, nur durch bestimmte Umstände unterdrückter oder auch nur als umfassend realisier-

---

[21] Vgl. zur normativen Relevanz von Begriffen und Begriffsnamen allgemein *Hermann Lübbe* Wortgebrauchspolitik, in: *ders.* Politik nach der Aufklärung, 2001, 173 ff. S. auch *Jacques Rancière* Demokratien gegen die Demokratie, in: *Giorgio Agamben u.a.* Demokratie, 2. Aufl. 2012, 90 (92): „Der politische Kampf ist auch ein Kampf um die Aneignung von Wörtern." Grundlegend nach wie vor *Victor Klemperer* LTI, 25. Aufl. 2015.

[22] Vgl. *Wolf-Dietrich Bukow* Zur alltäglichen Vielfalt von Vielfalt – postmoderne Arrangements und Inszenierungen, in: Cristina Allemann-Ghionda/ders. (Hrsg.) Orte der Diversität, 2011, 35 (37 f.): „*Produkt eines operativen Verfahrens*" (Hervorhebung i.O.). Vgl. als Überblick ferner die Beiträge in: Edeltraud Hanappi-Egger/Regine Bendl (Hrsg.) Diversität, Diversifizierung und (Ent)Solidarisierung, 2015; aus der juristischen Literatur etwa – mit unterschiedlicher Akzentuierung – *Susanne Baer* Gleichheit und Vielfalt in Europa: kontextualisierte Perspektiven, Femina Politica 2007, 57 ff.; *dies.* Wie viel Vielfalt garantiert/erträgt der Rechtsstaat? Recht und Politik 2013, 90 ff.; *Ulrike Lembke* Diversity als Rechtsbegriff, Rechtswissenschaft 2012, 46 (50); *Frank Schorkopf* Staat und Diversität, 2017, 7 ff., 10: „Der beschreibende Begriff erhält eine normative Komponente und wird dadurch zum Gesellschaftskonzept."

[23] Zum Begriff der Natur und seiner Verwobenheit mit kulturellen Vorstellungen s. schon *Georg Lukács* Geschichte und Klassenbewußtsein (1923), in: *ders.* Werke, Bd. 1: Frühschriften, 2. Aufl. 1977, 27 (201): „Natur ist eine gesellschaftliche Kategorie."; ähnlich *Hans-Jörg Rheinberger* Iterationen, 2005, 31 ff.; vgl. auch *Ino Augsberg* Natur als Norm, in: Annette Meyer/Stephan Schleissing (Hrsg.) Projektion Natur, 2014, 164 ff., v.a. 175 f.; *Reiner Grundmann/Nico Stehr* Die Natur und die Natur der Gesellschaft, in: Ludwig Fischer (Hrsg.) Projektionsfläche Natur, 2004, 261 ff.

[24] Für den „Naturzustand" wird dies zwar teilweise postuliert, vgl. etwa *Thomas Hobbes* Philosophical Rudiments concerning Government and Society: Of Liberty, in: *ders.* English Works. Collected and edited by Sir William Molesworth, Vol. II, 1841 (Neudruck 1966), 1 (7): „All men therefore among themselves are by nature equal; the inequality we now discern, hath its spring from the civil law.", und *Charles de Montesquieu* Vom Geist der Gesetze, Bd. 1, 1804, 214 f.: „Im Stande der Natur werden zwar alle Menschen einander gleich geboren, aber sie können es nicht bleiben. Der gesellige Zustand hebt diese Gleichheit auf, und nur durch die Gesetze wird er [sic!] wieder hergestellt." Entsprechend auch *Jean-Jacques Rousseau* Vom Gesellschaftsvertrag oder Prinzipien des Staatrechts, in: *ders.,* Kulturkritische und politische Schriften, hrsg. v. Martin Fontius, Bd. 1, 1989, 379 (397, 400, 424 ff.). Doch werden damit nicht etwa tatsächlich bestehende Differenzen geleugnet oder ignoriert; vielmehr geht es um eine (bloße) Wesensgleichheit, die letztlich primär normativen Charakter hat.

[25] Zur (beschränkten) Bedeutung der Gleichheit für Marx s. etwa *Slavoj Zizek* Disparitäten, 2018, 453 ff. Vgl. aber auch zum „neuen Sowjetmenschen" *Peter Watson* Das Zeitalter des Nichts, 2016, 278 (mit Bezug auf *Leo Trotzki*).

barer Zustand verstanden.[26] Gleichheit ist damit nichts Vorgebenenes, sondern etwas Aufgegebenes; sie ist nicht absolut, sondern relativ, nicht Ausgangs-, sondern Zielpunkt menschlicher Gemeinschaft. Weil jeder Mensch sowohl in seiner basalen Gattungszugehörigkeit wie auch in seiner jeweiligen Einzigartigkeit zu berücksichtigen ist,[27] gilt in den Worten *Hannah Arendts*: „Gleichheit ist nicht gegeben und als Gleiche nur sind wir das Produkt menschlichen Handelns. Gleiche werden wir als Glieder einer Gruppe, in der wir uns kraft unserer eigenen Entscheidung gleiche Rechte gegenseitig garantieren."[28]

Dennoch ist auch die Gleichheit nicht auf eine normative, mehr oder weniger stark kontrafaktische Dimension beschränkt.[29] Sie setzt vielmehr, zum einen, eine als unhinterfragbar unterstellte[30] Größe voraus: den Menschen.[31] Zum anderen knüpfen Gleichheitsforderungen nach herkömmli-

---

[26] S. allerdings *Rancière* Demokratien gegen die Demokratie (Fn. 21), 90 (93): „Nach meinem Verständnis setzt die Demokratie eine Gleichheit voraus, gegenüber der sich sogar eine oligarchische Staatform wie unsere mehr oder weniger rechtfertigen muss. Ja, die Demokratie hat sehr wohl eine kritische Funktion: Sie ist der Keil der Gleichheit, der objektiv und subjektiv im Herrschaftskörper steckt und verhindert, daß sich Politik in bloße Polizei verwandelt." Vgl. hierzu näher *Ulf Bohmann* Rancière und die (radikale) Demokratie – eine Hassliebe?, in: Thomas Linpinsel/Il-Tschung Lim (Hrsg.) Gleichheit, Politik und Polizei: Jacques Rancière und die Sozialwissenschaften, 2018, 75 (80): „Formale und rechtliche Gleichheit sind damit nicht gemeint – eher die gleiche Sprachfähigkeit des Menschen und der gleiche Anspruch auf einen Platz im öffentlichen Leben."

[27] Vgl. *Arendt* Vita activa (Fn. 7), 214: „Im Menschen wird die Besonderheit, die er mit allem Seienden teilt und die Verschiedenheit, die er mit allem Lebendigen teilt, zur Einzigartigkeit, und menschliche Pluralität ist eine Vielheit, die die paradoxe Eigenschaft hat, daß jedes ihrer Glieder in seiner Art einzigartig ist." S. auch dort, 213: „Das Faktum menschlicher Pluralität, die grundsätzliche Bedingung des Handelns wie des Sprechens, manifestiert sich auf zweierlei Art, als Gleichheit und Verschiedenheit. Ohne Gleichartigkeit gäbe es keine Verständigung unter Lebenden, kein Verstehen der Toten und kein Planen für eine Welt, die nicht mehr von uns, aber doch immer noch von unseresgleichen bevölkert sein wird. Ohne Verschiedenheit, das absolute Unterschiedensein jeder Person von jeder anderen, die ist, war oder sein wird, bedürfte es weder der Sprache noch des Handelns für eine Verständigung".

[28] *Hannah Arendt* Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1951), 14. Aufl. 2011, 622.

[29] Vgl. schon *Stefan Huster* in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt (Stand: 12/2002), Art. 3 Rn. 26 ff., der zusätzlich zwischen Gleichheit und Gleichbehandlung differenziert.

[30] Zur Bedeutung entsprechender Fiktionen s. *Vagias Karavas* Rechtskörper. Juridische (Re-)Konstruktionen des Biologischen, 2018 (noch unveröffentlichtes Manuskript).

[31] Damit ist zwar kein in sich eindeutiges, sondern ein im Gegenteil in neuralgischen Problemkonstellationen hochumstrittenes – und letztlich normativ zu bestimmendes – Bezugsobjekt betroffen. Vgl. dazu nur *Steffen Augsberg* Würde des Menschen als Gattungswesen, in: Peter Dabrock/Ruth Denkhaus/Stephan Schaede (Hrsg.) Gattung Mensch, 2010, 385 (390 ff.); *Wolfram Höfling* Von Menschen und Personen, in: Bernhard Kempen u.a.

cher Vorstellung an einen tatsächlichen Vergleich, die Feststellung zumindest einer gemeinsamen Eigenschaft, an, und zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wird auf „relevante tatsächliche Unterschiede" abgestellt.[32] Damit sind Gleichheitsprüfungen in spezifischer Weise mit dem allgemeinen rechts- und insbesondere grundrechtsdogmatischen Problem konfrontiert, ein realitätsgerechtes Norm- mit einem normgerechten Realitätsverständnis zu kombinieren.[33]

Beide Begriffe changieren also je nach Verwendungszusammenhang zwischen einer stärker normativen und einer primär deskriptiven Lesart; beide enthalten damit schon in sich eine spezifische Spannung. In der Kombination ergibt sich eine komplexe Untersuchungsmatrix: Das Verhältnis von Gleichheit und Vielfalt ist nicht eindimensional, sondern auf seinen unterschiedlichen Interferenzebenen zu untersuchen.[34] Um dem gerecht zu werden, erscheint es sinnvoll, sich in einem ersten Annäherungsschritt mit den entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen zu beschäftigen. Das muss im Falle der seit jeher zu den Kernthemen der (Moral-)Philosophie und politischen Theorie zählenden Gleichheit notwendig sehr holzschnittartig geschehen, setzt mit Blick auf das modernere Konzept der Vielfalt hingegen eine etwas ausführlichere Unterschung voraus (dazu II.). Auf dieser Basis können sodann einige konkrete, besonders konfliktträchtige Anwendungsszenarien betrachtet werden (dazu III.).

Es geht nachfolgend mithin darum, sich die Bedeutung von Vielfalt (auch: Mannigfaltigkeit) zu erschließen und sie in ihrem Verhältnis zur Gleichheit zu untersuchen. Das setzt eine Entfaltung voraus. Der damit bereits in dreifacher Hinsicht in Bezug genommene Begriff der Falte hat in der Philosophie besondere Aufmerksamkeit erfahren.[35] Die Falte, latei-

---

(Hrsg.) Die Macht des Geistes. FS Hartmut Schiedermair, 2001, 363 ff.; *ders.* Definiert die Rechtsordnung den Menschen?, in: Walter Schweidler/Herbert A. Neumann/Eugen Brysch (Hrsg.) Menschenleben – Menschenwürde, 2002, 165 (166 ff.); *ders.* Reprogenetik und Verfassungsrecht, 2001, 11 ff.; *Stephan Rixen* Lebensschutz am Lebensende, 1999, jeweils m.w.N. Das ändert jedoch nichts daran, dass es jedenfalls in aller Regel möglich und zumeist auch völlig unproblematisch ist, diese Voraussetzung des Gleichheitsgedankens zu bestimmen – wenngleich auch hier, wie noch zu erörtern ist, Gewissheitsverluste und Erweiterungstendenzen zu attestieren sind.

[32] *Huster* (Fn. 29), Art. 3 Rn. 30, 58, 64.

[33] Vgl. dazu *Ino Augsberg* Informationsverwaltungsrecht, 2014, 205 f. (mit Bezug auf *Gregor Kirchhof* Grundrechte und Wirklichkeit, 2006).

[34] Vgl. ähnlich etwa *Réjane Sénac* L'égalité sous conditions: Genre, parité, diversité, 2015.

[35] Vgl. mit Bezug auf Leibniz *Gilles Deleuze* Die Falte, 1995; *ders.* Differenz und Wiederholung, 3. Aufl. 2007, 92; dazu *Alain Badiou* Deleuze. Das Geschrei des Seins, 2003, 116 ff. Zum Ganzen *André Reichert* Diagrammatik des Denkens: Descartes und Deleuze, 2013, 201 ff.; *Jon Roffe* Badiou's Deleuze, 2014, 128 ff. Der Gedanke wird für das Verhält-

nisch *plica*, gilt dort als nicht nur semantisch notwendiger Bestandteil der Ex-plika-tion.[36] Für uns liegt noch eine andere Deutung nahe: Wer etwas Vielfältiges zu entfalten versucht, geht von einer einheitlichen, gemeinsamen Grundsubstanz, dem gefalteten Objekt, aus.[37] Dem entspricht in der juristischen Terminologie die Vorstellung eines einzigen *genus proximum* und einer – tendenziell grenzenlosen – Pluralität der *differentia specifica*.[38] Gleichheit setzt vor allem den Menschen als unveränderlichen, normativ einheitlich gesetzten Ausgangspunkt voraus. Man muss diese Grundannahme nicht im Sinne des in den Kultur- und Geisteswissenschaften zunehmend Bedeutung erlangenden *animal turn* prinzipiell hinterfragen.[39] Man wird aber angesichts der sich mit hoher Geschwindigkeit fortentwickelnden, immer menschenähnlicheren Künstlichen Intelligenz nicht umhinkommen, über deren gleichheitsrechtliche Implikationen nachzudenken. Dem ist in einem vierten Untersuchungsabschnitt nachzugehen (dazu IV.).

Ein knapper Ausblick beschließt den Bericht. Hier wird gefragt, inwieweit sich die beschriebene, primär auf den grundrechtlichen Bereich bezogene Spannungslage auch staatsorganisationsrechtlich auswirkt. Das prekäre Verhältnis von Gleichheit und Vielfalt kann, so die These, auch dazu

---

nis von Literatur- und Rechtswissenschaft fruchtbar gemacht von *Ino Augsberg* Innen des Außen des Innen: Verfaltungen zwischen Rechts- und Literaturwissenschaft, in: ders./ Sophie-Charlotte Lenski (Hrsg.) Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt des Rechts, 2012, 11 ff.; dem folgend *Albert Ingold* Das Recht der Oppositionen, 2015, 536.

[36] Vgl. *Deleuze* Die Falte (Fn. 35), 15 f.: „[...] ein flexibler oder elastischer Körper hat noch kohärente Teile, die eine Falte bilden, so daß sie sich nicht in Teile von Teilen trennen, sondern sich vielmehr ins Unendliche in immer kleinere Falten unterteilen, welche immer noch eine gewisse Kohäsion bewahren. So ist das Labyrinth des Kontinuums keine Linie, die sich in unabhängige Punkte auflöste, wie der fließende Sand der Körner, sondern etwas wie ein Stoff oder ein Papierblatt, das sich ins Unendliche in Falten unterteilt oder sich in Kurvenbewegungen auflöst, von denen jede durch die konsistente oder richtungsgleiche Umgebung bestimmt ist. [...] Die Einheit der Materie, das kleinste labyrinthische Element, ist die Falte, nicht der Punkt, der nie ein Teil, sondern immer nur das einfache Ende einer Linie ist. [...] Das Entfalten ist also nicht das Gegenteil der Falte, sondern folgt der Falte bis zu einer anderen Falte."

[37] Vgl. *Gilles Deleuze* (zitiert nach *Alain Badiou* Deleuze, Leser von Leibniz, in: Clemens-Carl Härle [Hrsg.] Karten zu Tausend Plateaus, 1993, 133 [135]): „Mannigfaltig ist etwas, das nicht nur viele Teile hat, sondern vor allem vielfach gefaltet ist."

[38] Vgl. hierzu umfassend *Adalbert Podlech* Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, 29 ff., 64 ff.

[39] Mittlerweile existiert hierzu eine große Fülle an Literatur; vgl. im Überblick Margo DeMello (Hrsg.) Human-Animal Studies. A Bibliography, 2012. S. ferner als instruktiven Einstieg etwa *dies*. Animals and society, 2012; *Harriet Ritvo* On the Animal Turn, Daedalus 4 (2007), 118 ff.; *Kari Weil* Thinking Animals: Why Animal Studies Now?, 2012, 3 ff.; *dies*. A Report on the Animal Turn, differences 21.2 (2010), 1 ff., sowie die Beiträge in: Erika Andersson Cederholm u.a. (Hrsg.) Exploring the Animal Turn, 2014, und in: Reingard Spannring u.a. (Hrsg.) Disziplinierte Tiere?, 2015.

dienen, ein allgemein stärker differenz- und dissensorientiertes Demokratieverständnis zu befördern – und umgekehrt kann dieses hilfreich sein, um der Vielfalt auch im Hinblick auf kollektive Selbstbestimmung besser zu entsprechen (dazu V.).

II. Entwicklungslinien

Gleichheit stellt ein klassisches Thema der (politischen) Philosophie dar; unter den Bedingungen des modernen Verwaltungsstaats erhält sie eine darüber hinausreichende, leistungsstaatlich gewandelte bzw. erweiterte Bedeutung.[40] Positivrechtlich erfasst wird das Postulat einer Gleichbehandlung aller Menschen[41] vor allem in den neuzeitlichen Verfassungen,[42] die aber zugleich bis in das zwanzigste Jahrhundert hinein evidente Ungleichbehandlungen nicht als unaufhebbaren Widerspruch zum Gleichheitsversprechen verstanden.[43] Hier knüpft das Vielfaltskonzept an, das auf diese „blinden Flecken“ aufmerksam macht, die Rechte bislang unzureichend berücksichtigter Bevölkerungsteile

---

[40] Vgl. zu dieser Entwicklung *Karl-Heinz Ladeur* Sprachformation und Rechtsparadigma (1984), in: *ders.* Das Recht der Netzwerkgesellschaft, hrsg. von Ino Augsberg/Thomas Vesting, 2013, 241 (252 unter Bezugnahme auf *Ernst Rudolf Hubers* noch zu Weimarer Zeiten geschriebenen Aufsatz zum „Bedeutungswandel der Grundrechte“, AöR 62 [1933] 1 ff.).

[41] Weil das antike (griechische und römische) Recht diese Grundprämisse nicht teilte (vgl. nur *René Marcic* Geschichte der Rechtsphilosophie, 1971, 41; deutlich skeptisch ggü. der Idee einer „völlige[n] Gleichheit der Menschen“ noch *Edward Gibbon* Historische Übersicht des Römischen Rechts, 1789 [Neuausgabe 1996], 18 [76]; s. auch *Ernst Carl Wieland* Versuch über die natürliche Gleichheit der Menschen, 1782) bedeutet diese für das moderne Rechtsdenken zentrale, zeitlich und inhaltlich eng mit dem Naturrechtsdenken des 18. Jahrhunderts – das seinerseits christliche Überzeugungen widerspiegelte (dazu jüngst *Karl-Heinz Ladeur* Der Anfang des westlichen Rechts, 2018, 86 ff.) – verbundene grundlegende Annahme einen Bruch mit dieser Rechtstradition. Vgl. dazu im Überblick *Martin Reulecke* Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, 2007, 15 ff.

[42] Vgl. hierzu etwa *Hans Peter Ipsen* Gleichheit, in: Franz L. Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.) Die Grundrechte, Bd. 2: Die Freiheitsrechte in Deutschland, 1954, 111 (115 ff.).

[43] Vgl. dazu mit Blick auf die Sklaverei *George Anastaplo* Reflections on Slavery and the Constitution, 2012, 59 ff.; *David Waldstreicher* Slavery's Constitution, 2009, 3 ff., sowie die Beiträge in: Robert A. Goldwin/Art Kaufman (Hrsg.) Slavery and Its Consequences, 1988, und die zeitgeschichtlichen Dokumente in: John P. Kaminski (Hrsg.) A Necessary Evil?, 1995; mit Blick auf das (fehlende) Wahlrecht für Frauen allgemein *Jad Adams* Women and the Vote, 2016; für Deutschland etwa *Hedwig Richter* Demokratiegeschichte ohne Frauen?, APuZ 42/2018, 4 ff.; *Kerstin Wolff* Auch unsere Stimme zählt, a.a.O., 11 ff., jeweils m.w.N.; für die Schweiz *Regula Argast* Staatsbürgerschaft und Nation, 2007.

thematisiert und für diese Nichtdiskriminierung und Anerkennung,[44] gegebenenfalls sogar eine überproportionale, ausgleichende Berücksichtigung einfordert.[45]

1. Ausgangspunkt: Das Gleichheitsversprechen als variables Basiselement der abendländischen Philosophie

In der politischen Philosophie und Theorie wird der Gedanke der Gleichheit fast durchgängig eng mit dem der Gerechtigkeit verknüpft.[46] Diese erhebliche normative Bedeutung der Gleichheit ist indes in ihrer oben bereits angedeuteten spezifischen Beziehung zu tatsächlich bestehenden Unterschieden zu verstehen: Sie bedeutet regelhaft[47] kein „Gleichsein, erst recht nicht Gleichmachen, aber auch nicht Gleichverteilung", sondern (nur) „die gleichmäßige Berücksichtigung von allen".[48] Die

---

[44] Vgl. dazu etwa *Benhabib* Kulturelle Vielfalt (Fn. 19), 33 ff.; *Richard Sennett* Respect in a World of Inequality, 2003; zu diesem Verständnis von „*mutual recognition*" s. auch *Paul Ricoeur* The Course of Recognition, 2005, 150 ff. Vgl. auch den Versuch einer „europäischen Ideengeschichte" des Begriffs bei *Axel Honneth* Anerkennung, 2018.

[45] Vgl. zur „Umverteilung von Ressourcen" als zweiter Dimension von Diversity *Lembke* Diversity als Rechtsbegriff (Fn. 22), 46 (62). S. auch *Ute Sacksofsky* Positive Maßnahmen und Verfassungsrecht, ZESAR 2004, 208 ff.; speziell für die USA *dies.* Sind Schwarze und Frauen gleicher als weiße Männer?, in: Cord Jakobeit/dies./Peter Welzel (Hrsg.) Die USA am Beginn der neunziger Jahre, 1993, 217 ff. S. auch die Unterscheidung zwischen *affirmative* und *transformative remedies* bei *Nancy Fraser* Justice Interruptus, 1997, 23: „By affirmative remedies for injustice I mean remedies aimed at correcting inequitable outcomes of social arrangements without disturbing the underlying framework that generates them. By transformative remedies, in contrast, I mean remedies aimed at correcting inequitable outcomes precisely by restructuring the underlying generative framework."

[46] S. exemplarisch nur *Stefan Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2. Aufl. 2004; *Erik Rakowski* Equal Justice, 1991; *Michael Walzer* Sphären der Gerechtigkeit, 1992; vgl. auch im Überblick *Grünberger* Personale Gleichheit (Fn. 3), 870 ff. *Niklas Luhmann* stellt zur Bestimmung der Gerechtigkeit ab auf die „Konsistenz des Entscheidens" und versteht darunter explizit die „Regel, gleiche Fälle gleich (und folglich: ungleiche ungleich) zu entscheiden.", vgl. *ders.* Das Recht der Gesellschaft, 1993, 227; s. dazu auch *Thomas Osterkamp* Juristische Gerechtigkeit, 2004, 126 ff. *Luhmann* verweist indes zugleich darauf, dass die diskussionsprägende Vorstellung von „Gerechtigkeit als Gleichheit" keineswegs selbstverständlich, sondern in ihrer Entstehung historisch datierbar ist, vgl. *ders.* Kontingenz und Recht, 2013, 161 ff.: „Für die Rechtstheorie müßte […] die Bestimmung der Gerechtigkeit als Gleichheit als Identifikationsleistung zum Problem werden. Zu fragen wäre etwa, unter welchen Voraussetzungen eine solche Kombination möglich ist, was sie leistet, wie ihre Risiken abgesichert werden können, wie sie die Entwicklung des Rechts fördert bzw. bremst, welche Folgeprobleme zu erwarten sind" (a.a.O., 161 f.).

[47] Anders bekanntlich namentlich *Thomas Morus* Utopia (1516), 2012.

[48] *Christoph Menke* Spiegelungen der Gleichheit, 2000, 2, 15. Vgl. auch *Herlinde Pauer-Studer* Autonom leben, 2000, 24 ff., die Gleichheit in ihrer Beziehung zu Freiheit,

normative Gleichheitsdimension setzt mithin tatsächliche Ungleichheit voraus. „Gerade Gleichheit vor dem Gesetz kann es nur für Ungleiche, also, politisch gesprochen, nur für Menschen geben, die entweder von Geburt oder durch ihren Beruf oder durch ihren politischen Willen sich in Gruppen scheiden und differenzieren.“[49] Gleichheit ist demnach ein Relationsbegriff,[50] weil er sich notwendig auf das Verhältnis innerhalb einer Gruppe unterschiedlicher Objekte, Personen, Institutionen, Verfahren u.ä. bezieht, die zumindest in einer Hinsicht eine übereinstimmende Eigenschaft aufweisen – in (allen) anderen aber sich unterscheiden. Die so konzipierte Gleichheit ist sowohl von Identität wie von bloßer Ähnlichkeit zu unterscheiden.[51] Im übrigen ist die Bedeutungsvarianz augenfällig: Der Gleichheitsgedanke wird von nahezu allen philosophischen Strömungen zentral behandelt; seine konkrete Funktion hängt aber stark davon ab, ob er etwa formal oder materiell, proportional oder absolut, ergebnis- oder chancenbezogen gefasst wird,[52] von liberalen, libertären, konsequentialistischen, kommunitaristischen oder postfundamentalistischen Positionen aus formuliert wird.[53] Größere Aufmerksamkeit erlangt ferner etwa die Frage

---

Autonomie und Achtung analysiert und ihre rein instrumentelle (Verteilungs-)Funktion betont, als soziale und ökonomische Grundlage für individuelle Freiheit zu dienen.

[49] *Arendt* Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (Fn. 28), 671. S. auch *dies.* Vita activa (Fn. 7), 272 f.: „Das Prinzip der Gleichheit, das den öffentlichen Bereich beherrscht, kann überhaupt nur von Ungleichen realisiert werden, die sich dann einander in gewissen, von vornherein festgelegten Hinsichten und für bestimmte feststehende Ziele angleichen.“

[50] Zur Unterscheidung von „Dingbegriffen“ und „Relationsbegriffen“ grundlegend *Heinrich Rickert* Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 3. u. 4. Aufl. 1921, 51 ff.; s. auch *Harald Höffding* Der Relationsbegriff, 1922. Vgl. aus juristischer Sicht etwa *Gerhard* Menschenrechte auch für Frauen? (Fn. 5), 127; *Michael Köhler* Recht und Gerechtigkeit, 2017, 229; für Österreich s. *Magdalena Pöschl* in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa: Bd. VII/1, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 11.

[51] Vgl. hierzu nur *Dann* Gleichheit (Fn. 1), 995 (997); *Alfred Menne* Identität, Gleichheit, Ähnlichkeit, Ratio 4 (1962), 44 ff.; ferner etwa *Deleuze* Differenz und Wiederholung (Fn. 35), 15 ff. Auch an dieser Stelle wird Identität ersichtlich (noch) im Sinne eines „Identisch-Seins“ verwendet.

[52] Vgl. etwa *Campbell Brown* Priority or Sufficiency ...or Both?, Economics and Philosophy 21 (2005) 199 ff.; *Roger Crisp* Equality, Priority, and Compassion, Ethics 113 (2003), 745 ff.

[53] Vgl. aus der schier unübersehbaren Menge an Beiträgen etwa *Richard Arneson* Equality and Equal Opportunity for Welfare, Philosophical Studies 56 (1989), 77 ff.; *Gerald A Cohen* On the Currency of Egalitarian Justice, Ethics 99 (1989), 906 ff.; *Ronald Dworkin* What is Equality? Part 1: Equality of Welfare, Philosophy & Public Affairs 10 (1981), 185 ff.; Part 2: Equality of Resources, Philosophy and Public Affairs 10 (1981), 283 ff.; *Thomas Nagel* Equality and Partiality, 1991; *Derek Parfit* Equality and Priority, Ratio 10 (1997), 202 ff.; *Sen* Equality of What? (Fn. 8), 195 ff.; *ders.* Inequality Reexamined, 1992; *Paul Weirich* Utility Tempered with Equality, Nous 17 (1983), 423 ff. S. ferner als instruk-

nach dem Umfang der Gleichheit und ihre intertemporale und intergenerationelle Relevanz,[54] aber auch das Problem, welche Ungleichheiten eigentlich erfasst sind, wo also Gleichheit anzustreben ist (und wo nicht).[55]

2. *Grundrechtliche Gleichheitsgarantien*

Schon diese äußerst knappe Erinnerung erhellt, warum die juristische Diskussion im Bereich der Gleichheitsrechte wie sonst vielleicht nur noch bei der Menschenwürdegarantie[56] ideengeschichtlich vorgeprägt ist.[57] Das Gleichheitsgrundrecht verweist insoweit auf ein bestimmtes ihm vorgehendes Staats- und Rechtsverständnis.[58] Entsprechend verwendete *Erich Kaufmann* einen nicht unbeträchtlichen Teil seines Referats vor dieser Vereinigung darauf, den übergesetzlichen Charakter[59] des Gleichheitssatzes zu betonen.[60] Auch der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gilt Art. 3 Abs. 1 GG als positiver Ausdruck eines überpositiven Rechtsgrundsatzes.[61] Das Gericht versteht

---

tiven Überblick *Peter Dabrock* Befähigungsgerechtigkeit, 2012, 75 ff., sowie ferner etwa die Beiträge in: J. Angelo Corlett (Hrsg.) Equality and Liberty, 1991; in: Nils Holtug/Kasper Lippert-Rasmussen (Hrsg.) Egalitarianism. New Essays on the Nature and Value of Equality, 2007, und in: Jan Narveson/James P. Sterba (Hrsg.) Are Liberty and Equality Compatible?, 2010.

[54] Vgl. etwa *Bruce A. Ackerman* Temporal Horizons of Justice, Journal of Philosophy 94 (1997) 299 ff.; *Wolfgang Buchholz* Intergenerationelle Gerechtigkeit und erschöpfbare Ressourcen, 1984.

[55] Vgl. etwa *Elizabeth S. Anderson* What Is the Point of Equality?, Ethics 109 (1999), 287 ff.; dazu kritisch *Alexander Brown* Luck Egalitarianism and Democratic Equality, Ethical Perspectives 12 (2005), 293 ff.; *John Kekes* Objections to Democratic Egalitarianism, Journal of Social Philosophy 33 (2002), 163 ff.

[56] Dazu nur *Matthias Herdegen* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz, Loseblatt (Stand: 05/2009), Art. 1 Abs. 1 Rn. 7; *Wolfram Höfling* in: Michael Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 3, jeweils m.w.N.

[57] Vgl. dazu etwa *Dann* Gleichheit und Gleichberechtigung (Fn. 1); *Michael Stolleis* Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.) Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 7 ff.; skeptisch mit Blick auf Art. 109 WRV *Otto Mainzer* Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht, 1929, 10 ff.

[58] Vgl. nur *Huster* (Fn. 29), Art. 3 Rn. 24 ff.

[59] Ganz im Sinne der von ihm allgemein verfolgten rechtsphilosophischen Ausrichtung – in Ablehnung des Rechtspositivismus und insbesondere des Neukantianismus, vgl. dazu insbes. *Erich Kaufmann* Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie (1921), in: *ders.* Gesammelte Schriften, Bd. III: Rechtsidee und Recht, 1960, 176 ff.

[60] Vgl. *Erich Kaufmann* Gleichheit vor dem Gesetz, VVDStRL 3 (1927), 2 (5 f.); s. auch *Gerhard Leibholz* Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959, 72.

[61] Vgl. BVerfGE 1, 208 (233); 23, 98 (106 f.); 110, 141 (167); s. auch BVerfGE 78, 232 (248). S. zum Verweis auf die „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der

den allgemeinen Gleichheitssatz zudem „als allgemeines rechtsstaatliches Prinzip in allen Rechtsbereichen".[62]

a) *Gleichbehandlung als Erkenntnis?*

Grundrechtsdogmatisch ist im Gleichheitsbereich bekanntlich nach wie vor vieles umstritten: Der grundsätzliche Normcharakter des allgemeinen Gleichheitssatzes[63], die damit verbundene Frage nach der Prüfungsstruktur,[64] das Verhältnis zu den speziellen Gleichheitsrechten.[65] Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vor allem das Zusammenspiel tatsächlicher und normativer Aspekte in der Anwendung des Gleichheitssatzes. Insoweit hat die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Weiterentwicklung[66] der Rechtfertigungsprüfung von der Willkürtheorie[67] zur „neuen Formel"[68] ebenso wie die Verabschiedung dieses binären Modells in der jüngeren Rechtsprechung[69] „an der dogmatischen Grundstruktur der verfassungsrechtlichen Gleichheitsprüfung nichts geändert. Nach wie vor ist diese Prüfung durch zwei zentrale Elemente geprägt: einen deskriptiven Begriff der Ungleichbehandlung und die Rechtfertigung der jeweiligen Ungleichbehandlung durch den Verweis auf tatsächliche Unterschiede zwischen den Vergleichspersonen."[70]

Gemeinschaft" BVerfGE 9, 338 (349); 34, 269 (287); 42, 67 (72); zustimmend *Reinhold Zippelius* Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), 7 (25). S. aber auch BVerfGE 3, 162 (Ls. 4, 182).

[62] Vgl. BVerfGE 38, 225 (228); ferner BVerfGE 35, 263 (271 f.); 41, 1 (13).

[63] Vgl. dazu etwa *Huster* (Fn. 29), Art. 3 Rn. 42 ff.; *Ferdinand Wollenschläger* in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 47 ff.

[64] Vgl. dazu *Wollenschläger* (Fn. 63), Art. 3 Abs. 1 Rn. 103 ff.

[65] Vgl. dazu *Wollenschläger* (Fn. 63), Art. 3 Abs. 1 Rn. 328. S. auch *Ute Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1991, 23 ff.

[66] Vgl. dazu etwa *Sigrid Boysen* in: Ingo v. Münch/Philipp Kunig (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 14 ff.; *Lerke Osterloh* Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz, EuGRZ 2002, 309 ff.

[67] Vgl. BVerfGE 1, 14 (55); 3, 225 (240); 4, 144 (155 f.); 141, 1 (39).

[68] Vgl. v.a. BVerfGE 55, 72 (88 f.); ferner BVerfGE 74, 9 (24); 83, 1 (23); 88, 87 (96); 99, 367 (389 f.); 101, 54 (101); 116, 135 (161); 121, 317 (369); 126, 400 (417).

[69] Vgl. zuletzt BVerfG Beschl. v. 1.8.2018, Az.: 1 BvR 1728/12 – 1 BvR 1756/12, NVwZ 2018, 1630 (1631 Rn. 74 – mit Verweis auf die „st. Rspr.": BVerfGE 138, 136 [180 Rn. 121]; 139, 285 [309 Rn. 70]): „Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen." S. hierzu auch *Gabriele Britz* Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346 ff.

[70] *Huster* (Fn. 29), Art. 3 Rn. 64.

b) *Normativität des „Tatsächlichen“*

Gegenüber einer solchen Dichotomie von Faktizität und Geltung ist daran zu erinnern, dass der Gleichheitssatz durch eine Selektions- und Filterfunktion gekennzeichnet ist: „Es gibt kein Recht auf allgemeine Gleichheit, sondern nur auf Gleichheit in den rechtlich bedeutsamen Belangen.“[71] Gleichheit lässt sich nicht feststellen, ohne Differenzen zu ignorieren. Wie dies geschieht und welche Unterschiede gleichheitsrechtlich bedeutsam sind, wird im positiven Recht nicht abschließend geregelt. Daraus resultiert die Gefahr eines „Abdriftens“ in einen allgemeinen, relativ unkonturierten Gerechtigkeitsdiskurs.[72] Vor allem aber werden Gemeinsamkeiten wie Unterschiede nicht einfach vorgefunden, sondern konstruiert.[73] Auch hier gilt, dass das Recht sich seine eigene Realität schafft: „Legal systems create facts in order to treat them as facts.“[74] Es geht daher nicht um Erkenntnis, sondern um Beurteilung von Wirklichkeit.[75] Noch den vorgeblich rein deskriptiven Elementen des Gleichheitssatzes wohnt „ein wertendes Moment inne [...]. Die Gleichheitsaussage ist demnach doppelt relativ, nachdem sich die Vergleichsobjekte nicht in jeder Hinsicht gleichen und überdies der jeweilige Vergleichsanlass die entscheidenden Merkmale determiniert.“[76] Wie großzügig in der Praxis dabei mitunter materielle und formale Gleichbehandlungsaspekte behandelt werden, zeigt sich beispiel-

---

[71] *Britz* Kulturelle Rechte (Fn. 20), 193. Weitergehend zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG („Optimierungsgebot [...], das in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG ähnlich einem Staatsauftrag gewisse Schutzpflichten zur Herstellung auch faktisch gleicher Lebensverhältnisse enthält“) *Rainer Nickel* Komplexe Gleichheit, in: Kritische Justiz (Hrsg.) Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, 2009, 159 (174).

[72] Hellsichtig hierzu *Huster* (Fn. 29), Art. 3 Rn. 33 ff.; kritisch zu Recht auch schon BVerfGE 3, 162 (Ls. 4, 182); s. ferner das Sondervotum von *Martin Hirsch* BVerfGE 48, 127 (199 f.).

[73] Das hat methodische Konsequenzen, vgl. *Bruno Latour* Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft, 2007, 152: „Von etwas zu sagen, es sei konstruiert (*constructed*) bedeutet, daß es kein Mysterium ist, das aus dem Nichts aufgetaucht ist, sondern daß es einen bescheideneren Ursprung hat, der aber auch sichtbarer und interessanter ist.“ S. auch dort, 155 ff., zu möglichen und tatsächlichen Missverständnissen.

[74] *Lawrence Rosen* Law as Culture, 2006, 68.

[75] Vgl. hierzu auch *Christoph Engel* Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: ders./Wolfgang Schön (Hrsg.) Das Proprium des Rechts, 2002, 205 (236 ff.); s. ferner *Ino Augsberg* Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat 51 (2012), 117 ff. Vgl. allgemein *Peter L. Berger/Thomas Luckmann* Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, 1969; *Ian Hacking* Was heißt soziale Konstruktion?, 1999; *Peter Hofmann/Stefan Hirschauer* Die konstruktivistische Wende, in: Sabine Maasen/Mario Kaiser/Martin Reinhart/Barbara Sutter (Hrsg.) Handbuch Wissenschaftssoziologie, 2012, 85 ff.

[76] *Wollenschläger* (Fn. 63), Art. 3 Abs. 1 Rn. 44. Vgl. auch *Zippelius* Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (21 f.); ferner *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit (Fn. 48), 14 ff.

haft an dem Beschluss[77] des Bundesverfassungsgerichts zu Transferzahlungen der Bundesagentur für Arbeit.[78]

3. *Vielfalt als Faktum und Forderung*

Vor diesem Hintergrund lässt sich das Phänomen der Vielfalt besser verstehen und in seiner gleichheitsrechtlichen Relevanz einordnen.[79]

a) *Historische Hintergründe, philosophische und rechtsnormative Grundlagen von Vielfalt*

Die aktuellen Vielfaltsevokationen basieren nicht auf einer einheitlichen rechtsnormativen Grundlage. Es existiert zwar eine Reihe unterschiedlicher Rechtsvorschriften, die sich mit der Sicherung spezifischer Formen

---

[77] BVerfG Beschl. v. 1.8.2018, Az.: 1 BvR 1728/12 – 1 BvR 1756/12, NVwZ 2018, 1630 ff.

[78] Darin erklärt der Erste Senat Transferzahlungen, die die Bundesagentur für Arbeit in den Jahren an den Bundeshaushalt geleistet hatte, für verfassungskonform. Er tut dies, auf den ersten Blick überraschenderweise – die Beschwerdeführer hatten primär auf Art. 2 Abs. 1 abgestellt – „primär“ auf Basis einer Auseinandersetzung mit dem Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG (in der besonderen Ausgestaltung als Gebot der Belastungsgleichheit). Zu diesem Zwecke wird zunächst erläutert, warum trotz einer formal vorliegenden Gleichbehandlung im Ergebnis doch eine „normativ veranlasste Belastungsungleichheit“ vorliege. Im nächsten Schritt wird sodann diese für gerechtfertigt erklärt, weil die Einführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende „Teil eines grundlegenden sozialrechtlichen Systemwechsels [war], der umfassende rechtliche, organisatorische und tatsächliche Änderungen mit sich brachte und nicht ‚von heute auf morgen‘ zu realisieren war.“ „Jedenfalls“ in einer derartigen Situation könne nicht verlangt werden, dass Finanzströme „unmittelbar zeitgleich der geänderten Aufgabenverantwortlichkeit angepasst“ würden; vielmehr lasse sich die – an sich offensichtlich unzulässige – Transferzahlung wegen „der Besonderheiten des Systemwechsels [...] übergangsweise [...] rechtfertigen.“, NVwZ 2018, 1630 (1632, Rn. 83). Weil diese Argumentation ersichtlich nur für einen begrenzten Zeitraum trägt, musste sie für die Folgejahre modifiziert werden: Das Gericht erklärt, ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liege nicht vor, soweit die Transferzahlung sich in diesem Zeitraum nicht auf die Höhe des Beitragssatzes ausgewirkt habe, NVwZ 2018, 1630 (1633, Rn. 88).

[79] Der Begriff wird dabei hier nicht im Sinne eines politischen Pluralismus verwendet. Erst recht bildet er nicht eine Chiffre für ein entwicklungsoffenes, dynamisches Verfassungsverständnis. Vgl. in diesem Sinne etwa *Andreas Voßkuhle* Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung, in: Christian Hillgruber/Christian Waldhoff (Hrsg.) 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung?, 2010, 97 (99, 113), für den die „regulative Idee der Vielfaltssicherung“ zu den drei zentralen Eigenschaften des Verfassungsrechts zählt: „Vielfaltssicherung meint im vorliegenden Kontext nicht nur Offenheit für neue Entwicklungen, sondern zielt auf die dauerhafte Gewährleistung eines produktiven Zusammenspiels staatlicher und gesellschaftlicher Akteure im Sinne eines permanenten gemeinschaftlichen Lernprozesses“. Stattdessen geht es um die Pluralität (individueller wie kollektiver) Identitäten und Lebensentwürfe, vgl. ähnlich *Leisner-Egensperger* Vielfalt (Fn. 9), 22.

von Vielfalt beschäftigen.[80] Vielfalt (oder Diversität) als solche ist aber kein Thema des Rechts. Das bedeutet indes keineswegs, dass der Vielfaltsdiskurs nur auf (Wieder-)Erkenntnis angelegt ist. Von Anfang an geht es nicht nur um die Wahrnehmung vormals verkannter (oder unterdrückter) Vielfalt, sondern um deren affirmative Betonung und das Einfordern vielfalts- und identitätssichernder Reaktionen.

Historisch betrachtet ist (Gruppen-)Vielfalt eine Konstante menschlicher Gemeinschaften.[81] Für die Revolutionäre des 18. Jahrhunderts wäre es daher abwegig gewesen, „Liberté, égalité et diversité" zu fordern. Als jedoch im 19. Jahrhundert die Idee der Nation „zum geschichtsmächtigen Kristallisationspunkt politischer Einheit in Europa und in Deutschland" sowie „zum legitimierenden Träger der politischen Einheit" avancierte, bedeutete dies (auch) die Einbindung „der eben erst in Freiheit entbundenen Individuen in eine neue, gleichmachende Einheit"; die Nation wird damit zum Gegenentwurf zu vormaligen „Universalismen, konkurrierende[n] Partikularismen und anarchische[n] Individualismen".[82] Diese Idealisierung zerbricht angesichts der Schrecken der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Vor dem Hintergrund der Greueltaten des Nationalsozialismus, aber auch angesichts der zu Ende gehenden Epoche des Kolonialismus, werden nicht nur internationale Menschenrechtsschutzbestimmungen geschaffen, sondern rücken auch vormals marginalisierte, ausgegrenzte

[80] Vgl. allgemein *Leisner-Egensperger* Vielfalt (Fn. 9), 44 ff.; zur Biodiversität etwa *Guy Beaucamp* Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2002, 112.

[81] Vgl. demggü. zur Bedeutung von Gruppen und Organisationen speziell für die moderne „Massenkultur" *Thomas Vesting* Staatstheorie, 2018, Rn. 240 m.w.N. Auch die politische Philosophie berücksichtigt die Pluralität inkongruenter und potentiell konfligierender Lebensentwürfe; so steht etwa bei *John Rawls* Politischer Liberalismus, 1998, die Frage im Zentrum, wie „eine stabile und gerechte Gesellschaft freier und gleicher Bürger, die durch vernünftige und gleichwohl einander ausschließende religiöse, philosophische und moralische Lehren einschneidend voneinander getrennt sind, dauerhaft bestehen [kann]", dort, 14.

[82] *Otto Depenheuer* Auf der Suche nach dem erzählten Staat, in: ders. (Hrsg.) Erzählungen vom Staat, 2011, 7 (14). Vgl. auch *Woodrow Wilsons* pauschales Verdikt „America does not consist of groups." (zitiert nach *Louis Menand* The Metaphysical Club, 2001, 406). Die Furcht vor „factions" ist indes deutlich älter, vgl. etwa *Thomas Hobbes* Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil, in: *ders.* English Works. Collected and edited by Sir William Molesworth, Vol. III, 1839 (Neudruck 1966), S. 224: „And as factions for kindred, so also factions for government of religion, as of Papists, Protestants, etc., or of state, as patricians and plebeians of old time in Rome, and of aristocraticals and democraticals of old time in Greece, are unjust, as being contrary to the peace and safety of the people, and a taking of the sword out of the hand of the sovereign." S. näher hierzu *Steffen Augsberg* Parteien-Konstitution, i.E., 2. Kapitel.

Personen und Gruppen in den Fokus.[83] Der heutige Vielfaltsdiskurs ist insoweit eng verwoben mit den seit der Mitte des 20. Jahrhunderts zunehmend zentralen Emanzipationsbestrebungen, der Bürgerrechts- und der Frauenbewegung.[84] Verbindungslinien bestehen ferner zu philosophischen Strömungen, die mit den Stichworten „Postmoderne“ und „Poststrukturalismus“ nur grob umschrieben sind.[85] Zentrale Bedeutung erlangt in der postmodernen Kritik die Orientierung am „universalistischen und homogenen Selbstverständnis des männlichen, weißen, westlichen und bürgerlichen Subjekts;“ dem wird ein „Plädoyer für Differenz, Pluralismus und Heterogenität [entgegengesetzt], das nicht nur in Strategien der Dezentrierung, sondern auch in jenen des *othering* und der Hybridisierung zum Ausdruck kommt. So gehen postmoderne Positionen, die sich mit den Cultural und Gender Studies überschneiden, von einer prinzipiellen Partikularität und Situiertheit sozialer Subjektpositionen aus: Hierzu gehört auch und vor allem die Sichtbarmachung dominanzgesellschaftlicher Einschluss- und Ausschlussmechanismen.“[86] Aus dem Poststrukturalismus wird die Einsicht übernommen, dass Inklusions- und Exklusionsprozesse sowie soziale und personale Identitätsbildung auch und gerade durch Sprache gesteuert wer-

[83] Vgl. etwa *Arendt* Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (Fn. 28), 610 ff., die ihr Konzept eines „Rechts, Rechte zu haben“ angesichts der „Staatenlosen“ und „displaced persons“ entwirft: „Daß es so etwas gibt wie ein Recht, Rechte zu haben […], wissen wir erst, seitdem Millionen von Menschen aufgetaucht sind, die dieses Recht verloren haben und zufolge der neuen globalen Organisation der Welt nicht imstande sind, es wiederzugewinnen. Dieses Übel hat so wenig mit den uns aus der Geschichte bekannten Übeln von Unterdrückung, Tyrannei oder Barbarei zu tun (und widersteht daher auch allen humanitären Heilungsmethoden), daß es sogar nur möglich war, weil es keinen ‚unzivilisierten‘ Flecken Erde mehr gibt, weil wir, ob wir wollen oder nicht, in der Tat in ‚einer Welt‘ leben. Nur weil die Völker der Erde trotz aller bestehenden Konflikte sich bereits als ein Menschengeschlecht etabliert haben, konnte der Verlust der Heimat und des politischen Status identisch werden mit der Ausstoßung aus der Menschheit überhaupt.“, a.a.O., 614. Instruktiv dazu *Werner Hamacher* Vom Recht, Rechte zu haben, in: *ders*. Sprachgerechtigkeit, 2018, 50 (64 ff.).

[84] Ähnlich schon *Schorkopf* Staat und Diversität (Fn. 22), 10 f. S. näher etwa *Ute Gerhard* Unerhört. Die Geschichte der deutschen Frauenbewegung, 1990; *dies.* Menschenrechte auch für Frauen? (Fn. 5), 127 (129 ff.), sowie die Beiträge in: Charles W. Eagles (Hrsg.) The Civil Rights Movement in America, 1986.

[85] Vgl. *Judith Butler* Kontingente Grundlagen: Der Feminismus und die Frage der „Postmoderne“, in: Seyla Benhabib u.a. (Hrsg.) Der Streit um die Differenz, 1993, 31 (33 f.). Vgl. zu Spannungsmomenten (i.S. einer postmodernen „Skepsis gegenüber kulturellen Gruppenrechten“) auch *Benhabib* Kulturelle Vielfalt (Fn. 19), 57 f.

[86] *Sabeth Buchmann* Postmoderne, in: Elke Gaugele/Jens Kastner (Hrsg.) Critical Studies, 2016, 23 (27 f.). Vgl. auch *Schuppert* Governance of Diversity (Fn. 10), 35 mit Verweis auf *Andreas Rödder* 21.0: Eine kurze Geschichte der Gegenwart, 2016, 107 f.

den.[87] Bezüge lassen sich zudem zum US-amerikanischen Pragmatismus ziehen, wo der Begriff *cultural pluralism* frühzeitig eine fruchtbare Verknüpfung von Demokratie und kultureller Verschiedenheit signalisiert.[88]

b) Identitätssicherung als zentrales Ziel

Das zeigt bereits: Vielfalt besitzt nicht nur im negativen Kontext von Exklusion und Repression Relevanz. Sie steht in positiver Hinsicht in einem engen Zusammenhang zu individueller und kollektiver Identität. Der damit (erneut) in Bezug genommene Begriff der Identität besitzt für den modernen Vielfalts- und Diversitätsdiskurs enorme Relevanz.[89] Er ist aber zugleich in sich komplex und erläuterungsbedürftig.[90] Identität ist weder zwingend starr und einheitlich[91] noch notwendig im Singular zu verstehen.[92] Der Wandelbarkeit korrespondiert so eine mögliche Mannigfal-

---

[87] Vgl. dazu nur *Judith Butler* Haß spricht, 1998, v.a. 225 ff.

[88] Vgl. *Menand* The Metaphysical Club (Fn. 82), 406 ff.; *Jeff Jackson* Equality Beyond Debate, 2018, 54, jeweils m.w.N. Dem stehen philosophische Positionen gegenüber, die stärker die negativen Effekte der Vielfalt (für soziales Vertrauen und soziale Kohärenz) hervorheben; vgl. etwa *Robert D. Putnam* E Pluribus Unum: Diversity and community in the twenty-first century, Scandinavian Political Studies 30 (2007), 137 ff.; *Bo Rothstein* The Quality of Government, 2011.

[89] Vgl. *Schorkopf* Staat und Diversität (Fn. 22), 11: „Diversität fordert die Anerkennung identitärer Gruppen und ist deshalb Teil von Identitätspolitik." Teilweise wird der Wandel von Politik zu Identitätspolitik gerade als Kennzeichen eines „posthistorischen" Zeitalters angesehen, in dem das Interesse an kultureller Diversität zunimmt und sich der Fokus von ideologiebasierten Konflikten und materiellen Ungleichheiten löst, s. etwa *Walter Benn Michaels* The Shape of the Signifier, 2004, 16 ff.

[90] Vgl. differenziert und aufschlussreich *Christopher Zarnow* Identität und Religion, 2010; sowie die Beiträge in: Benjamin Jörissen/Jörg Zirfas (Hrsg.) Schlüsselwerke der Identitätsforschung, 2010.

[91] Tendenziell anders *Pierre Rosanvallon* Die Gesellschaft der Gleichen, 309 (Hervorhebung i.O.): „Identität [ist] durch den Faktor *Konstitution* [gekennzeichnet]; zwangsläufig hybrid, ist sie im Wesentlichen eine fixe Größe, wenngleich sie sich mit der Zeit ändern kann."

[92] Vgl. *Andreas Reckwitz* Das hybride Subjekt, 2006, 45: „Identität stellt sich [...] als Kehrseite der Differenzmarkierung dar: Identität ist – jenseits alles Konnotationen einer inneren Konstanz des Subjekts – als die spezifische Form des Selbstverstehens, der Selbstintegration zu begreifen, welche im Rahmen einer Subjektkultur in die Subjektform eingelassen ist." Mit Blick auf die Frage der Konstanz hebt *Erik H. Erikson* aus psychoanalytischer Sicht hervor, dass sich Identität lebenslang entwickelt; er unterscheidet zwischen dem Gefühl, so zu sein („persönliche Identität"), und dem Bewusstsein, auf diese Weise zu leben und von anderen erkannt zu werden („Ich-Identität"). Ihm geht es somit um eine intrapersonale, intertemporale Gleichheit des Subjekts. Das „Kernproblem der Identität [sieht er] in der Fähigkeit des Ichs, angesichts des wechselnden Schicksals Gleichheit und Kontinuität aufrechtzuerhalten", s. *Erikson* Einsicht und Verantwortung, 1966, 87; s. auch *ders.,* Das Problem der Ich-Identität (1956), in: *ders.* Identität und Lebenszyklus, 1966, 123 ff.

tigkeit der Identitäten – wobei unterschiedliche Zugehörigkeiten durchaus miteinander konfligieren[93] oder vorhandene Diskriminierungen verstärken können (Intersektionalität[94]). Aber nicht nur die Identität(en), sondern auch die daran anknüpfenden Diskriminierungen sind variabel und kontextabhängig.[95] Der Vielfalts- und Identitätsbezug besitzt deshalb eine besondere Dynamik.[96] Er ist nicht auf seine historische Ausgangsperspektive begrenzt,

---

Ähnlich spricht *Paul Ricoeur* von der „Fabelkomposition" des sich unablässig verändernden Selbst – das soll verdeutlichen, „dass der flüchtige Charakter der Ereignisse und Geschehnisse des wirklichen Lebens bei jedem Einzelnen mit der Hilfe von Geschichten und Fiktionen nachträglich zu einer ‚narrativen Identität' organisiert" wird, so *Vesting* Staatstheorie (Fn. 81), Rn. 2 mit Verweis auf *Paul Ricoeur* Das Selbst als ein Anderer, 1996, 173 ff., 199. Diese „narrative Identität" vermittelt (vgl. *Bettina Baumgärtel* Das perspektivierte Ich, 2000, 149) zwischen der sog. Ipse-Identität (Selbstheit), die den kontinuierlichen Kern des eigenen Subjektverständnisses ausmacht, und der sog. Idem-Identität (Gleichheit), die sich stärker auf äußere Einflüsse, aktuelle Zustände und mögliche Veränderungen bezieht. Vgl. dazu *Ricoeur* Das Selbst als ein Anderer, 165 ff.; vgl. auch *ders.* Wege der Anerkennung, 2006. Dazu näher etwa *Hille Haker* Narrative und moralische Identität bei Paul Ricoeur, Concilium 36 (2000), 179 ff.; *Kathrin Messner* Paul Ricoeurs biblische und philosophische Hermeneutik des Selbst, 2014, v.a. 112 ff., 136 ff. *Judith Butler* betont noch stärker die externen Konstitutions- und Formungsbedingungen – die dennoch niemals zu einer vollständigen Determination des Subjekts führen. So ist dieses weder reiner Ursprung noch bloßes Produkt, „sondern die permanente/stets vorhandene Möglichkeit eines bestimmten resignifizierenden Prozesses, der zwar durch andere Machtmechanismen umgeleitet oder abgebrochen werden kann, jedoch stets die der Macht eignende Möglichkeit selbst darstellt, umgearbeitet zu werden.", *Butler* Kontingente Grundlagen (Fn. 85), 31 (45).

[93] Vgl. nur *Duve* Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität (Fn. 10), 3: „Man ist eben meistens in mehrere kollektive Identitäten eingebunden, selbst wenn diese gelegentlich sogar scheinbar unvereinbare Gegensätze mit sich bringen."

[94] Dazu grundlegend *Kimberlé Crenshaw* Demarginalizing the Intersection of Race and Sex, The University of Chicago Legal Forum 1989, 139 ff.; vgl. ferner etwa *Nina Degele/Gabriele Winker* Intersektionalität, 2009; *Nira Yuval-Davis* Intersectionality and feminist politics, European Journal of Women's Studies 13 (2006), 193 ff.; *Sacksofsky* Gleichheit in der neuen Vielfalt (Fn. 9), 147 (155 m.w.N.). Der Begriff wurde u.a. auch in der Tierethik aufgenommen, vgl. dazu etwa *Lisa Kemmerer* in: Arianna Ferrari/Klaus Petrus (Hrsg.) Lexikon der Mensch-Tier-Beziehungen, 2015, 102 (104); *Andre Gamerschlag* Intersektionelle Human-Animal Studies, in: Chimaira – Arbeitskreis für Human-Animal Studies (Hrsg.) Human-Animal Studies, 2013, 151 ff.

[95] Vgl. etwa *Susanne Baer/Melanie Bittner/Anna Lena Göttsche* Mehrfach-, mehrdimensionale und intersektionale Diskriminierung im Rahmen des AGG, 2010; *Sacksofsky* Gleichheit in der neuen Vielfalt (Fn. 9), 147 (153). S. auch *Salzbrunn* Vielfalt/Diversität (Fn. 2), 71: „Die Entwicklung zu super-diversifizierten Gesellschaften ist folglich mit multidimensionalen Rahmenbedingungen und Prozessen auf der Mikro-, Meso- und Makroebene verbunden."

[96] Vgl. *Wolfgang Welsch* Ästhetisches Denken, 3. Aufl. 1993, 197: „Es gilt, seine Identität so auszubilden, daß sie der aktuellen Pluralität gewachsen, Identität in Übergängen ist."

sondern durch eine Ausweitungstendenz gekennzeichnet: Geschlecht, Ethnie, Klasse,[97] Religiösität,[98] Behinderungen u.ä. werden zunehmend um weitere Aspekte, wie sexuelle Orientierung, Alter und Migration, erweitert.[99] Im Rechtssystem wurden diese Impulse aufgenommen und insbesondere[100] durch zusätzliche Antidiskriminierungsregeln umgesetzt.[101] Hier deutet sich indes bereits ein grundlegendes Problem an, denn es ist offen, wie weit diese Expansionsbestrebungen getrieben werden können, welche identitätsbildenden Merkmale also sinnvoll integriert werden können und ob nicht jede, auch noch so variable, Form von Kategorienbildung in sich problematisch ist.[102]

---

[97] Zu „race, class, gender" als sog. „big three" s. *Kathy Davis* Intersectionality in Transatlantic Perspective, in: Cornelia Klinger/Gudrun-Axeli Knapp (Hrsg.) ÜberKreuzungen, 2008, 19 (24).

[98] Vgl. dazu etwa *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg* Toleranz – Religion – Recht, 2007, 61.

[99] S. etwa *Marcel Helbig/Stefanie Jähnen* Bildungsbenachteiligt durch Übergewicht, Zeitschrift für Soziologie 42 (2013), 405 ff.

[100] Vgl. zur Debatte über eine entsprechende Verfassungsänderung etwa *Ute Sacksofsky* Diskriminierungsverbot wegen sexueller Orientierung im Grundgesetz?!, Streit 2011, 32 ff.; s. ferner zur „Juridifizierung der (geschlechtlichen) Identität" *Judith Froese* Vom Schutz personaler Identität durch Recht zum Schutz personaler Identität vor dem Recht?, 2018 (noch unveröffentlichtes Manuskript).

[101] Vgl. nur *Britz* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie (Fn. 3), 355 ff.; *Grünberger* Personale Gleichheit (Fn. 3), 536 ff.; *Wollenschläger* (Fn. 63), Art. 3 Rn. 145. S. auch *Zippelius* Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (11): „Hinter jedem der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG steht die historische Überwindung einer vorangegangenen Diskriminierung. Ging es Ende des 18. Jahrhunderts vor allem um die Überwindung der Standesunterschiede und der religiösen Diskriminierungen und war noch für die Weimarer Verfassung die Aufhebung der Standesvorrechte ein Thema, neben das nun die Gleichstellung der Geschlechter trat, so standen bei Schaffung des Grundgesetzes der Schutz vor rassischer und völkischer Diskriminierung und die Vollendung der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Vordergrund."

[102] Vgl. *Susanne Baer* Rechtssoziologie, 3. Aufl. 2018, § 4 Rn. 206: „‚Sexuelle Selbstbestimmung' muss sich vielleicht von jeder Zuordnung zu scheinbar natürlichen Geschlechtern trennen, um tatsächlich liberal zu wirken." Näher *dies.* Der problematische Hang zum Kollektiv und ein Versuch, postkategorial zu denken, in: Gabriele Jähnert/Karin Aleksander/Marianne Kriszio (Hrsg.) Kollektivität nach der Subjektkritik, 2014, 47 ff.; *Froese* Vom Schutz personaler Identität (Fn. 100), 7 ff.; *Tarek Naguib* Postkategoriale „Gleichheit und Differenz", in: Stephan Ast/Julia Hänni/Klaus Mathis/Benno Zabel (Hrsg.) Gleichheit und Universalität, 2011, 179 ff. S. allgemein auch *Theodor W. Adorno* Erziehung nach Auschwitz (1966), in: *ders.* Erziehung zur Mündigkeit, 1971, 88 (91): „Der Druck des herrschenden Allgemeinen auf alles Besondere, die einzelnen Menschen und die einzelnen Institutionen, hat eine Tendenz, das Besondere und Einzelne samt seiner Widerstandskraft zu zertrümmern."

III. Konfliktszenarien

Damit sind wir bei den Konfliktszenarien.

1. Diversitätseuphorie vs. Vielfaltsphobie

Im Ausgang ist aus Sicht des Rechts zu attestieren, dass die Debatten über Vielfalt und Identität(en) politisch überformt sind. Das führt zu übertriebenen Abgrenzungen und Überzeichnungen.[103] So gilt manchen als Gegenteil der Vielfalt die Einfalt; sie sehen es als eine nicht zu hinterfragende Wahrheit, dass heterogene Gesellschaftsstrukturen langfristig erfolgreicher und grundsätzlich zu bevorzugen sind.[104] Unklar bleibt dabei, wie stark die Heterogenität sein darf oder muss.[105] Der funktionalen Argumentation liegt zudem ein – nicht unumstrittenes[106] – ökonomisches Paradigma zugrunde,[107] das mit demokratischen und sozialen Erwägungen vermischt

---

[103] Das betrifft nicht nur die Rechtswissenschaft; vgl. etwa zum Konflikt zwischen der psychologischen/therapeutischen und der feministischen Perspektive *Eva Illouz* Die Errettung der modernen Seele, 2011, 181 ff.

[104] S. aufschlussreich etwa die Beschreibung des „Phänomens Pluralismus“ bei *Peter L. Berger* Altäre der Moderne, 2015, 15 ff. Auch Maßnahmen der „positiven Diskriminierung“ werden nicht im Sinne einer spezifischen Form der Kollektivschuld bzw. einer am Individuum zu exerzierenden Wiedergutmachung gerechtfertigt, sondern mit dem funktionalen Eigenwert der Diversität. S. dazu etwa *Schorkopf* Staat und Diversität (Fn. 22), 7 ff. m.w.N.

[105] Vgl. zur „Kulturalisierung“ unterschiedlicher sozialer Phänomene *Andreas Reckwitz* Gesellschaft der Singularitäten, 3. Aufl. 2017, 381.

[106] Gemeint sind primär die Debatten über die soziologische und ökonomische Relevanz von *social cohesion* (dazu etwa *Noah E. Friedkin* Social Cohesion, Annual Review of Sociology 30 [2004], 409 ff.) und deren Verhältnis zur mehr oder weniger ausgeprägten Homogenität von Gesellschaften. *Tom van der Meer/Jochem Tolsma* Ethnic Diversity and Its Effects on Social Cohesion, Annual Review of Sociology 40 (2014), 459, sprechen diesbzgl. zu Recht von einer „cacophony of empirical findings“; vgl. etwa *James Laurence/Lee Bentley* Does Ethnic Diversity Have a Negative Effect on Attitudes towards the Community?, European Sociological Review 32 (2016), 54 ff.; *Pauline Hope Cheong/Rosalind Edwards/Harry Goulbourne/John Solomos* Immigration, social cohesion and social capital: A critical review, Critical Social Policy 27 (2007), 24 ff.; *Ruud Koopmans* Der Zielkonflikt von Gleichheit und Diversitätin, in: Stefan Luft/Peter Schimany (Hrsg.) Integration von Zuwanderern: Erfahrungen, Konzepte, Perspektiven, 2010, 55 ff.; *Putnam* E Pluribus Unum (Fn. 88), 137 ff.; *Dietlind Stolle/Stuart Soroka/Richard Johnston* When Does Diversity Erode Trust?, Political Studies 56 (2008), 57 ff. S. auch *Hans Dietrich von Loeffelholz/Günter Kopp* Ökonomische Auswirkungen der Zuwanderungen nach Deutschland, 1998, 83 ff.

[107] Vgl. – einen norwegischen Wirtschaftsminister zitierend – *Janine Mossuz-Lavau* Préface, in: *Sénac* L'égalité sous conditions (Fn. 34): „La diversité, c'est bon pour le business.“ Zur Verbindung mit dem Konzept des *diversity management* s. etwa *Salzbrunn* Viel-

wird.[108] Diversität bedeutet demnach keine Vermischung unterschiedlicher Kulturen.[109] Die Amalgamisierung oder die Anpassung an eine – *horribile dictu* – sog. Leitkultur gilt als Anathema. Integration, nicht Assimilation lautet das einschlägige Schlagwort[110] – wobei aber offenbleibt, was mit Integration genau gemeint ist[111] und welche Konsequenzen bei einer bewussten oder ungewollten Nichtintegration drohen. Diversität ist damit kein (etwa migrationsbedingtes) Übergangsphänomen, sondern ein auf Dauer gestelltes Ideal.[112] Das mag man politisch unterstützen. Es besitzt aber erkennbar normativ betrachtet problematische Implikationen auf Gleichheitsvorstellungen.

Auf der anderen Seite werden der Vielfaltsdiskurs und insbesondere die Nichtdiskriminierungsanstrengungen teilweise als tendenziell „totalitär" gebrandmarkt,[113] jedenfalls als mit freiheitlichen Vorstellungen kollidierend eingestuft.[114] Zudem wird Vielfalt recht einseitig nur unter Gefährdungsaspekten thematisiert. Das betrifft etwa den Umgang mit Meinungsvielfalt[115]

---

falt/Diversität (Fn. 2), sowie die Beiträge in: Regine Bendl/Edeltraud Hanappi-Egger/Roswitha Hofmann (Hrsg.) Diversität und Diversitätsmanagement, 2012.

[108] Kritisch hierzu namentlich *Sénac* L'égalité sous conditions (Fn. 34).

[109] Das zeigt auch der Vergleich mit der Biodiversität, vgl. dazu etwa *Bruno Baur* Biodiversität, 2010.

[110] Vgl. dazu etwa *Heins* Der Skandal der Vielfalt (Fn. 11), 14 ff.; s. auch *Lembke* Diversity als Rechtsbegriff (Fn. 22), 46 (61).

[111] Vgl. hierzu aufschlussreich *Joachim Renn* Übersetzungsverhältnisse, 2006, 75 ff.

[112] Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, wenn aus einer dezidiert diversitätsbejahenden Position heraus von „existierende[n] Sollbruchstellen wie Geschlecht, Klasse und Ethnizität" gesprochen wird, vgl. *Sauer* Diversity (Fn. 8), 33 (39).

[113] Vgl. etwa *Johann Braun* „Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär", JuS 2002, 424 f.; *Eduard Picker* Antidiskriminierungsgesetz – Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, 880 ff.; *ders.* Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540 ff.; *ders.* Antidiskriminierung im Zivil- und Arbeitsrecht, ZfA 2005, 167 ff.; *Franz Jürgen Säcker* „Vernunft statt Freiheit!", ZRP 2002, 286 ff.

[114] Vgl. etwa *Karl-Heinz Ladeur*, The German Proposal of an „Anti-Discrimination"-Law, German Law Journal 3 (2002). Vgl. zu den zumindest teilweise parallelen Diskussionen über die Drittwirkung von Grundrechten *Grünberger* Personale Gleichheit (Fn. 3), 231 ff.

[115] Exemplarisch verdeutlichen lässt sich dies an den Debatten über das Netzwerkdurchsetzungsgesetz. Demgegenüber ist die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dadurch gekennzeichnet, tendenziell der Meinungsfreiheit den Vorrang gegenüber dem Ehrschutz zuzuweisen, vgl. kritisch dazu *Karl-Heinz Ladeur* Helmut Ridders Konzept der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, Kritische Justiz 32 (1999), 281 ff. (auch in: *ders.* Das Recht der Netzwerkgesellschaft, 2013, 479 f.); *ders.* Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit, 2007, 86 ff.; *ders.* Die „durchgeknallte Staatsanwältin". Ende des Schutzes der persönlichen Ehre in politischen Auseinandersetzungen?, Archiv für Presserecht 47 (2016), 402 ff.

und religiöser Vielfalt[116]. Doch scheint dies schon in der Grundannahme verfehlt: Nicht die Pluralität der Auffassungen und Überzeugungen erzeugt Probleme. Selbst ein Abstellen auf die Breite des Spektrums dürfte noch zu eng sein. Vielmehr geht es letztlich um den Umgang mit spezifischen Formen der Radikalität, des Abweichens von der Norm. Erneut zeigt sich, dass das Gleichheitsversprechen mit einer bestimmten, sozial konstruierten Realitäts- bzw. Normalitätsvorstellung verknüpft ist.[117]

2. *„Natürliche" Unterschiede und konstruierte Vielfalt*

Der Rekurs auf die nicht nur dargestellte, sondern hergestellte Normalität verbindet die Vielfalts- und die Gleichheitsdebatte. Denn mit der beschriebenen Ausdifferenzierung der Identitäten gehen aus gleichheitsrechtlicher Sicht erhebliche Anpassungsschwierigkeiten einher. Dass in der Gleichheitsdogmatik immer noch – wenn auch in reduziertem Maße[118] – mit „tatsächlichen oder „natürlichen" Unterschieden argumentiert wird,[119] steht in einem zumindest partiellen Widerspruch zu der gerade in der Geschlechterforschung herausgearbeiteten Einsicht in die soziale Konstruiertheit vieler[120] solcher Differenzen. Weil die Festlegung dieser Unter-

[116] Differenzierend allerdings etwa *Sacksofsky* Religiöse Freiheit als Gefahr? (Fn. 8), 9 (30 ff.).

[117] Vgl. hierzu allgemein *Jürgen Link* Versuch über den Normalismus, 5. Aufl. 2013, v.a. 33 ff., 323 ff. S. auch *Adrian de Silva* Zur Normalisierung heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit im Recht, Kritische Justiz 40 (2008), 266 ff.; *Eva Kocher* „Geschlecht" im Anti-Diskriminierungsrecht, Kritische Justiz 42 (2009), 386 (388): „Normalitätskonstruktionen". Prägnant – mit Verweis auf *Michel Foucault* – *Erhard Denninger* Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 85 (2002), 5 (13, Hervorhebung i.O.): „Normalität wird *gemacht* und zugleich durch sich selbst, durch ihre dauernde, sich wiederholende Existenz *gerechtfertigt*. Am stärksten wirkt sie, solange sie als solche gar nicht erkannt und in Frage gestellt wird, solange sie einer reflexiven Rechtfertigung noch gar nicht bedarf."

[118] Vgl. *Lembke* Diversity als Rechtsbegriff (Fn. 22), 46 (58 mit Fn. 63), die mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG zur Strafbarkeit (nur) der männlichen Homosexualität (BVerfGE 6, 389 ff.) von einer „Talsohle" spricht, weil das Gericht „davon ausging, dass männliche Sexualität aktiv, aggressiv und tendenziell gefährlich sei, während unklar blieb, ob das Phänomen weibliche Sexualität überhaupt in ernstzunehmender Weise existiere".

[119] Vgl. zu Biologisierungen der Geschlechtsdifferenz durch das BVerfG *Ute Sacksofsky* Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts, in: Beate Rudolf (Hrsg.) Querelles 2009, 191 (192); s. auch *Laura Adamietz* Geschlecht als Erwartung, 2011, v.a. 62 ff.

[120] Die Einsicht in die soziale Konstruiertheit von Differenzen verlangt deshalb nicht, die Existenz angeborener Unterschiede pauschal zu bestreiten, setzt entsprechende Behauptungen aber unter einen erhöhten Begründungszwang.

scheidungsmerkmale ein „Konstitutionsakt“[121] ist, ist sie nicht empirisch, sondern normativ zu fundieren. Das impliziert für den Diversitätsdiskurs zunächst eine Fundamentalkritik an der vorherrschenden, als heteronormativ bezeichneten (Geschlechter-)Ordnung, insbesondere der Geschlechterbinarität.[122] Es erzeugt aber zugleich Begründungsdilemmata, weil bestimmte Differenzmerkmale auf Kosten anderer zu rechtlicher Relevanz erhoben werden[123] und, noch entscheidender, diese Präponderanz „nicht nur Nachteile beseitigen, sondern auch Stereotype reproduzieren“ kann.[124] Das gilt nicht nur in negativer Hinsicht („Unterstützungsbedürftigkeit“), sondern kann auch dort der Fall sein, wo auf angebliche positive Eigenschaften („Empathie“ und „Einfühlungsvermögen“) rekurriert wird.[125] Noch grund-

---

[121] *Duve* Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität (Fn. 10), 3.

[122] Vgl. dazu grundlegend *Judith Butler* Das Unbehagen der Geschlechter, 1991, 15 ff.; s. ferner etwa *Kocher* „Geschlecht“ im Anti-Diskriminierungsrecht (Fn. 117), 386 (387 m.w.N.), sowie die Beiträge in: Gero Bauer/Regina Ammicht Quinn/Ingrid Hotz-Davies (Hrsg.) Die Naturalisierung des Geschlechts, 2018. Hier bestehen erneut Parallelen zum tierethischen Diskurs, vgl. etwa *Sabine Hastedt* Die Wirkungsmacht konstruierter Andersartigkeit, in: Chimaira (Hrsg.) Human-Animal Studies (Fn. 94), 191 ff.

[123] *Lembke* Diversity als Rechtsbegriff (Fn. 22), 46 (68) spricht von einem „Kategoriendilemma“.

[124] Vgl. *Susanne Baer/Nora Markard* in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 374 m.w.N.: „Dilemma der Differenz“ bzw. „feministisches Dilemma“. S. auch *Kocher* „Geschlecht“ im Anti-Diskriminierungsrecht (Fn. 117), 386 f.

[125] Insoweit argumentieren etwa Befürworter von „Frauenquoten“ bisweilen durchaus mit Stereotypen. Interessant ist in historischer Perspektive bspw. die Vermischung sozialer und (angeblich) natürlicher Aspekte in dem 1888 in Neuseeland von *Kate Sheppard* geschriebenen Flugblatt „Ten reasons why the women of New Zealand should vote“ (online abzurufen unter https://nzhistory.govt.nz/media/photo/ten-reasons-for-vote; s. dazu näher *Adams* Women and the Vote [Fn. 43], 106 ff.): „1. Because a democratic government like that of New Zealand already admits the great principle that every adult person, not convicted of crime, nor suspected of lunacy, has an inherent right to a voice in the construction of laws which all must obey. 2. Because it has not yet been proved that the intelligence of women is only equal to that of children, nor that their social status is on a par with that of lunatics or convicts. 3. Because women are affected by the prosperity of the Colony, are concerned in the preservation of its liberty and free institutions, and suffer equally with men from all national errors and mistakes. 4. Because women are less accessible than men to most of the debasing influences now brought to bear upon elections, and by doubling the number of electors to be dealt with, women would make bribery and corruption less effective, as well as more difficult. 5. Because in the quietude of home women are less liable than men to be swayed by mere party feeling, and are inclined to attach great value to uprightness and rectitude of life in a candidate. 6. Because the presence of women at the polling-booth would have a refining and purifying effect. 7. Because the votes of women would add weight and power to the more settled and responsible communities. 8. Because women are endowed with a more constant solicitude for the welfare of the rising generations, thus giving them a more far-reaching concern for something beyond the present

legender ließe sich fragen, ob, wenn Rollenunterschiede nicht angeboren, sondern gesellschaftlich besetzt und konstruiert sind, gleichzeitig aber die Heterogenität positiv konnotiert ist, es sinnvoll ist, an vorgeblicher Differenz ansetzende, damit aber vielfaltserzeugende Ungleichbehandlungen zu beseitigen.[126]

3. *Vielfalt als hierarchische Ordnung*

Der Einsicht in die gesellschaftliche Konstruktion der Vielfalt korrespondiert im übrigen die Einsicht in deren hierarchische Struktur. Vielfalt stellt sich nicht notwendig als harmonische, sondern regelhaft als hierarchische Ordnung dar. Vielfaltsdiskurse sind Machtdiskurse.[127] Das folgt (auch) aus den normativen Ingerenzen: So stellt nicht nur die auf unterschiedlichen Regelungsebenen erfolgte positivrechtliche Rezeption bestimmter Differenzierungskriterien,[128] sondern zumal die im Zuge der Verfassungsreform 1994 vorgenommene Aufwertung der Merkmale Geschlecht und

---

moment. 9. Because the admitted physical weakness of women disposes them to exercise more habitual caution, and to feel a deeper interest in the constant preservation of peace, law, and order, and especially in the supremacy of right over might. 10. Because women naturally view each question from a somewhat different standpoint to men, so that whilst their interests, aims, and objects would be very generally the same, they would often see what men had overlooked, and thus add a new security against any partial or one-sided legislation."

[126] Das macht noch einmal das Grundproblem deutlich: Gleichheit ist nicht als natürliche Gegebenheit zu verstehen, sondern (in Anlehnung an die bekannte, auf Informationen bezogene Formulierung *Gregory Batesons* [Geist und Natur, 2. Aufl. 1983, 123]) als *difference that makes a difference*. Vgl. *Judith Butler* Ist das Judentum zionistisch?, in: Eduardo Mendieta/Jonathan VanAntwerpen (Hrsg.) Religion und Öffentlichkeit, 2012, 102 (124 f.): „Gleicher Schutz oder sogar Gleichheit ist kein Grundsatz, der die, auf die er angewendet wird, gleichmacht; vielmehr ist die Verpflichtung zur Gleichheit eine Verpflichtung zum Prozeß der Differenzierung selbst."

[127] *Lembke* Diversity als Rechtsbegriff (Fn. 22), 46 (62): „Diversity als Leitbild nicht-hierarchischer Vielfalt bezieht notwendig beide Dimensionen ein, da Hierarchisierungen sowohl durch die Abwertung ‚fremder' Identitäten bei der Konstruktion und Aufrechterhaltung eigener Identität erfolgen als auch durch ressourcenrelevante Differenzierungen wie bspw. die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung als eine der wesentlichen Grundlagen unseres Wirtschaftssystems oder rassistische Diskriminierungen auf dem Arbeitsmarkt." Noch deutlicher *Martin J. Gössl* „Diversität" in den Vorhöfen der Macht?, soziales_kapital 2016, 35 (38) (online abzurufen unter: http://www.soziales-kapital.at/index.php/sozialeskapital/article/viewFile/448/788.pdf): „Die gesellschaftliche Vielfalt dreht sich in einem Diversitätskreis um den machtvollen Mittelpunkt, wobei die Orientierung zum Zentrum über eine Solidarisierung zu den vielen anderen Dimensionen von Vielfalt triumphiert." S. auch *Rödder* 21.0: Eine kurze Geschichte der Gegenwart (Fn. 86), 108.

[128] Vgl. etwa für das Europarecht *Thomas Adalbert Schmidt* Von Mangold bis Maruko, 2014, 71.

Behinderung eine Abkehr von einem horizontalen, alle Kriterien als gleichwertig ansehenden Ansatz dar.[129] Die grundlegende „Frage, ob eine Rechtsordnung nicht hierarchischer Vielfalt überhaupt denkbar ist; ob es eine andere Form der Integration von Vielfalt gibt als eine, die in Norm, Abweichung und Angleichung denkt – und damit Anerkennung von Verschiedenheit nicht als Angleichung an einen Standard versteht"[130], dürfte daher zu verneinen sein. Deshalb genügt es auch nicht, eine bloße Differenzindifferenz (*indifférence aux différences*) einzufordern.[131] Eine solche Position erinnert an die aus dem US-amerikanischen Recht bekannte Formulierung, die Verfassung sei „color-blind".[132] So richtig und wünschenswert dies ist: Allein damit ist es nicht getan. Es kommt eben nicht nur darauf an, Differenzen stehen zu lassen und Unterschiede auszuhalten. Aus gleichheitsrechtlicher Sicht ist eher die „Differenzdifferenz" entscheidend, also die Fähigkeit, die Konstruiertheit der gleichheits- wie der differenzbegründenden Merkmale zu reflektieren und auf dieser Basis Auswahlentscheidungen vorzunehmen und zu begründen. Argumentationsansätze liefern hier insbesondere die Freiheitsrechte[133] und die bereits rechtsnormativ berücksichtigten Diskriminierungsverbote[134].

---

[129] Kritisch zu dieser „Hierarchisierung der Diskriminierungsmerkmale" etwa *Nickel* Komplexe Gleichheit (Fn. 71), 159 (174).

[130] *Duve* Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität (Fn. 10), 8.

[131] Vgl. *Sénac* L'invention de la diversité (Fn. 2), auch zum Übergang von „différences dans l'égalité à l'égalité dans la différence". S. bereits *Ronald Kurt/Jessica Pahl* Interkulturelles Verstehen in Schulen des Ruhrgebiets, 2016, 39 (mit Verweis auf *Rudolf Stichweh* Fremdheit in der Weltgesellschaft [2008], in: *ders.* Der Fremde, 2010, 162 ff.): „Indifferent gegenüber Differenzen zu sein bedeutet, Unterschieden als Unterschieden keine Beachtung zu schenken. [...] Das Ideal der Differenzindifferenz ist die wohltemperierte Wirklichkeit."

[132] So das Sondervotum von *John Marshall Harlan* Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 559 (1896): „Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens." Dazu v.a. *Andrew Kull* The Color-Blind Constitution, 1998; *Earl M. Maltz* Only Partially Color-blind: John Marshall Harlan's View of the Constitution, Georgia State University Law Review 12 (1996), 973 ff.; *Keith E. Sealing* The Myth of a Color-Blind Constitution, Journal of Urban and Contemporary Law 54 (1998), 157 ff. Vgl. auch *Ute Sacksofsky* Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft, in: Hadumod Bußmann/Renate Hof (Hrsg.) Genus, 2005, 402 ff. Zur Fortentwicklung i.S.e. „color consciousness" s. etwa *Kwame Anthony Appiah/Amy Gutmann* Color Conscious, 1996; *J. Angelo Corlett* Race, Racism, and Reparations, 2003, v.a. 91; vgl. auch *Grünberger* Personale Gleichheit (Fn. 3), 711 f.

[133] Das dürfte etwa mit Blick auf homosexuelle Partnerschaften bereits genügen, um die biologistische Argumentation mit der fehlenden Reproduktionsfähigkeit zu entkräften.

[134] So ordnet das BVerfG etwa die sexuelle Orientierung als qualifiziertes Persönlichkeitsmerkmal ein, das mit den in Art. 3 Abs. 3 GG aufgelisteten Merkmalen vergleichbar und daher nur aus besonderen Gründen verfassungskonformen Differenzierungen zugänglich sei, vgl. BVerfG, NJW 2010, 1439 (1440).

4. *Vergessene Vielfalt*

Mit der Hierarchisierung verwandt, aber nicht identisch ist ein weiteres spezifisches Risiko der Vielfaltsorientierung, nämlich das Ausblenden bestimmter Vielfaltskonstellationen: So ist auffällig, dass die üblicherweise in gleichheitsbezogenen Diskussionen besonders präsenten ökonomischen Ungleichheiten[135] im Vielfaltsdiskurs relativ wenig Beachtung finden.[136] Teilweise wird soziale Ungleichheit sogar ausdrücklich ausgenommen.[137] Wie sehr allen Emanzipationsbestrebungen zum Trotz bestimmte Bevölkerungsgruppen weiterhin ausgeblendet bleiben, zeigt sich exemplarisch daran, dass erst sehr spät, infolge v.a. der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur,[138] in dem lange Zeit verfassungsrechtlich sträflich vernachlässigten Bereich der Betreuung und insbesondere medizinischer Zwangsbehandlungen wesentliche und weiterführende Änderungen bewirkt wurden.[139]

5. *Neue Zugehörigkeitsformen: Identität jenseits der Offline-Existenz*

Die Identitätsbildung wird jedoch nicht nur feindifferenzierter. Sie bewegt sich auch in unerwartete Richtungen und auf unbekanntes Ter-

---

[135] Vgl. *Nickel* Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik (Fn. 2), 52 ff.

[136] Vgl. explizit kritisch hierzu *Walter Benn Michaels* The Trouble with Diversity, 2016, passim, besonders deutlich 108: „As long […] as the left continues to worry about diversity, the right won't have to worry about inequality." Ähnlich *Fraser* Justice Interruptus (Fn. 45), 2, für die die „‚postsocialist' condition" u.a. durch „the rise of ‚identity politics'" charakterisiert ist; sie attestiert „a shift in the grammar of political claims-making", weil Forderungen nach sozialer Gerechtigkeit durch Forderungen nach „recognition of group difference" überlagert werden. „The result is a decoupling of cultural politics from social politics, and the relative eclipse of the latter by the former." Vgl. in diese Richtung auch *Salzbrunn* Vielfalt/Diversität (Fn. 2), v.a. 52 ff.; *Chantal Munsch* Engagement und Diversity, 2010.

[137] Vgl. dazu *Thiele* Gleichheit angesichts von Vielfalt (Fn. 6), 1112 (1117 f. m.w.N.). Prinzipiell skeptisch auch *Harry Frankfurt* Equality as a Moral Ideal, Ethics 98 (1987), 21 ff.

[138] Erst mit der grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2011 (BVerfGE 128, 282 [300 ff.]) wurde klargestellt, dass gegen den sog. natürlichen Willen einer Person gerichtete Behandlungen in schwerwiegender Weise in Grundrechte, insbesondere die körperliche Integrität und das Persönlichkeitsrecht, eingreifen und nicht etwa nur bloße Ausgestaltungs-, Organisations- oder sogar Befähigungsregeln darstellen.

[139] Vgl. dazu auch m.w.N. *Steffen Augsberg* Grundrechtliche(r) Status der betreuten Person in: Josef Franz Lindner (Hrsg.) Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht, 2019, 43 ff. Gerade in diesem Bereich spezieller Vulnerabilität liegt eigentlich die Relevanz poststrukturalistischer Untersuchungen von Machtstrukturen auf der Hand, vgl. etwa *Michel Foucault* Wahnsinn und Gesellschaft, 1973; *ders.* Die Geburt der Klinik, 10. Aufl. 1988; *ders.* Die Macht der Psychiatrie, 2005; *ders.* Die Anormalen, 2003, v.a. 61 ff.; *ders.* Geschichte der Gouvernementalität I: Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, 2004; *ders.* Geschichte der Gouvernementalität II: Die Geburt der Biopolitik, 2004.

rain.[140] Das betrifft nicht nur den vor allem[141] aus den USA bekannten Trend zur freiwilligen Segregation.[142] Es betrifft auch und zumal die zunehmende Verlagerung identitätsstiftender Handlungen in digitale Räume. Mit zwei glücklichen Neologismen des Technikphilosophen *Luciano Floridi*[143] kann man von einer zunehmenden Bedeutung der sog. *onlife*-Existenz ausgehen, die durch das Verwischen der Grenze von Online- und Offline-Aktivitäten gekennzeichnet ist. Dabei wandelt sich das klassische Personenverständnis zu dem von neuartigen *informational organisms* (oder *inforgs*), deren durchaus sehr enge Verbindungen auf dem Datenaustausch jenseits der Offline-Welt beruhen. Die so entstehenden neuartigen Formen „emergenter Kollektivität"[144] transzendieren nicht nur Nationen, sondern lassen sich auch nicht schlicht mit herkömmlichen Gruppen- oder Milieuzugehörigkeiten kurzschließen. Als personalisierte „Filterblasen" sind sie Gegenstand intensiver Kritik; die Rechtswissenschaft unterbreitet Vorschläge, wie sie überwunden oder doch entscheidend geschwächt werden können.[145] Das greift indes zu kurz: Hier entstehen „kulturüberwindende"[146] Zugehörigkeiten, die sich mit den herkömmlichen Mitteln kaum erfassen lassen. Sie können, müssen aber nicht instabiler sein als ihre Pendants in der Offline-Welt,[147] die sie zudem nicht vollständig ersetzen, sondern lediglich überlagern und ergänzen. Gleichheitsrechtliche Bedenken erzeugt weniger die Gefahr klassischer Diskriminierung als vielmehr die Bedeu-

---

[140] „In der Gegenwartsgesellschaft erfolgt [...] eine massive Neuzusammensetzung kollektiver Identitäten im Modus einer Segmentierung des Nähegefühls.", so *Rosanvallon*, Die Gesellschaft der Gleichen (Fn. 91), 331.

[141] S. aber für Deutschland jüngst *Marcel Helbig/Stefanie Jähnen* Wie brüchig ist die soziale Architektur unserer Städte? WZB-Discussion Paper, 2018 (online abzurufen unter https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2018/p18-001.pdf).

[142] Vgl. *Bill Bishop* The Big Sort, 2009. Kritisch hierzu etwa *Samuel J. Abrams/Morris P. Fiorina* „The Big Sort" That Wasn't, Political Science and Politics 2012, 203 ff.; unterstützend demggü. etwa *Jesse Sussell* New Support for the Big Sort Hypothesis, Political Science and Politics 2013, 768 ff.

[143] Vgl. zum folgenden *Luciano Floridi* The Fourth Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality, 2014; s. auch ders. (Hrsg.) The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era, 2015.

[144] *Jens Kersten* Schwarmdemokratie, 2017, 79.

[145] Vgl. etwa *Anna-Bettina Kaiser/Ines Reiling* Meinungsfilter durch soziale Medien – und das demokratische Ideal der Meinungsvielfalt?, in: Antje von Ungern-Sternberg/Sebastian Unger (Hrsg.) Künstliche Intelligenz, i.E. Zu Recht skeptisch ggü. dem gängigen Narrativ *Peter Dabrock* Die Würde des Menschen ist granularisierbar, epd-Dokumentation, Karlsruher Foyer Kirche und Recht, 2018, 8 (13).

[146] *Roberto Simanowski* Teile auf Facebook, überwinde deine Kultur!, NZZ v. 22.1.2018.

[147] Tendenziell anders *Vesting* Staatstheorie (Fn. 81), Rn. 301.

tung des Zugangs zu von privaten Quasimonopolisten kontrollierten,[148] für die individuelle Identitätsbildung unter Umständen immens bedeutsamen Netzwerken.[149]

6. „Krise der Gleichheit“ infolge zunehmender Individualisierung?

Das leitet über zu einem weiteren mit der Digitalisierung verbundenen Phänomen.

a) Von der Gruppenvielfalt über die „Gesellschaft der Individuen“ zur „Gesellschaft der Singularitäten“?

Eine erste Beobachtung betrifft den in einer Reihe aktueller Veröffentlichungen[150] thematisierten Entwicklungstrend hin zur „Gesellschaft der Singularitäten“.[151] Damit wird die beschriebene Vielfaltsvervielfäl-

---

[148] Insoweit hat sich der Problemfokus verschoben, denn Ende der 1980er Jahre wurden „Verbandsmacht und Massenmedien“ als freiheits- und gleichheitsgefährdend eingestuft, vgl. *Zippelius* Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (17). Exemplarisch für die aktuelle Situationseinschätzung hingegen *Wolfgang Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, AöR 142 (2017), 1 (38): „Von besonderer Bedeutung ist, dass einzelne global tätige Unternehmen/Konzerne – wie Alphabet/Google, Facebook oder Amazon – zu Trägern von gewaltiger wirtschaftlicher Macht und damit verbunden von gesellschaftlicher und kommunikativer Einflussmacht geworden sind. Nicht zuletzt die vielgestaltige Nutzbarkeit von Big Data in Verbindung mit dem Einsatz von künstlicher Intelligenz befähigt die Akteure in neuartiger Weise und in verschiedenartigen Tätigkeitsfeldern zum Machteinsatz, darunter auch und speziell zur algorithmenfundierten Beeinflussung von Verhalten und Einstellungen. Dies kann zu einer faktischen Erosion autonomen Handelns der Nutzer führen, aber auch und vor allem gesamtgesellschaftlich bedeutsam sein, ohne dass der Machteinsatz in rechtsstaatliche und demokratisch legitimierte Verfahren eingebunden ist.“ S. zum sog. Netzwerkeffekt ferner *Dabrock* Die Würde des Menschen ist granularisierbar (Fn. 145), 8 (12) mit dem Hinweis auf die zunehmende Bedeutung „chinesische[r] Firmen mit ihrem staatskapitalistischen Hintergrund und dessen umfassender Überwachungspraktik“.

[149] Wobei die „sozialen“ Netzwerke ihre Stellung sehr wohl wahrgenommen haben und zumindest teilweise ganz bewusst ausfüllen, vgl. etwa zu der Anfang 2018 von Facebook verkündeten neuen Strategie *Simanowski* Teile auf Facebook (Fn. 146).

[150] Vgl. insbesondere *Rosanvallon* Die Gesellschaft der Gleichen (Fn. 91), 309 ff.; *Reckwitz* Die Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105).

[151] Der Begriff ist leicht missverständlich, denn er wird auch in anderen Zusammenhängen verwendet. Vgl. etwa die Vorstellung der „entwerkten“ Gemeinschaft (*communauté désoeuvrée*) bei *Jean-Luc Nancy* Die undarstellbare Gemeinschaft, 1988. Nancy versteht hierunter eine offene, nicht-essentialistische, subjektlose Gemeinschaft der Singularitäten. Vgl. auch *ders.* singulär plural sein, 2004, S. 213: „Meiner Ansicht nach ist das erste Erfordernis, das überkommene Verständnis des ‚Gemeinsamen’ und der ‚Gemeinschaft’ unter Vorbehalt zu stellen. Auf dieser Grundlage können wir beginnen zu verstehen, daß das ‚Sein-in-der-Gemeinschaft’ kein gemeinsames Sein ist und daß es anders zu analysieren ist, zum Beispiel als ‚Zusammen-Sein’ oder ‚Mit-Sein’. Die Hauptfrage ist, wie die Politik als

tigung[152] auf die Spitze getrieben, soweit nicht mehr Gruppen, sondern Individuen[153] im Zentrum stehen und die „soziale Logik des Allgemeinen ihre Vorherrschaft verliert an die *soziale Logik des Besonderen*“[154]. Singularisierung ist demnach – anders als Individualisierung – nicht nur durch Selbstverantwortung charakterisiert. „Zentral ist ihr das kompliziertere Streben nach Einzigartigkeit und Außergewöhnlichkeit, die zu erreichen freilich nicht nur subjektiver Wunsch, sondern paradoxe gesellschaftliche *Erwartung* geworden ist.“[155] Dementsprechend wird Differenz zur neuen Normalität, Anderssein zum Standard.[156] Damit verbunden sind indes neue Ausschlussmechanismen. Zum einen, weil dieser „Strukturwandel der Moderne“ unterschiedliche Schichten und Klassen unterschiedlich affiziert

---

eine Nicht-Totalität zu denken ist, und das heißt anders denn als Unterordnung der gesamten Existenz. Zwischen der Ontologie des Mit-Seins und der Politik darf es keinen begründenden Zusammenhang geben und auch keinen solchen des Ausdrucks. Die Politik darf also nicht die Totalität des Mit-Seins zum Ausdruck bringen. Wenn im Gegensatz dazu das Sein des Mit-Seins wesentlich ein plurales ist (singuläre Existenzen und singuläre Ordnungen, Künste, Körper, Gedanken...), dann muß die Politik das sein, was die Gerechtigkeit in der Vielheit und Vielfältigkeit garantiert, aber sie darf keine Aufhebung des Mit-Seins sein.“ Als „Singularitäten, die gemeinsam handeln“, definieren *Antonio Negri/Michael Hardt* Empire – die neue Weltordnung, 2004, 123, die titelgebende „Multitude“, die sie aber eher als lose Netzwerkformation denn als politische Gemeinschaft verstehen.

[152] Vgl. *Bukow* Zur alltäglichen Vielfalt von Vielfalt (Fn. 22), 35 ff.

[153] Insoweit handelt es sich um eine Weiterentwicklung des schon von *Georg Simmel* attestierten „Individualismus der Gleichheit“. Vgl. *ders.* Soziologie, 6. Aufl. 1983, S. 543: „Der Individualismus der Gleichheit, der nur dann nicht von vornherein eine contradictio in adjecto ist, wenn man unter Individualismus die Selbständigkeit und von keiner engeren sozialen Bindung eingeschränkte Freiheit versteht, und der Individualismus der Ungleichheit, der die Konsequenz jener Freiheit auf der Basis der unendlichen Mannigfaltigkeit menschlicher Anlagen zieht und sie dadurch mit der Gleichheit unverträglich macht – diese beiden Formen des Individualismus in ihrer fundamentalen Gegensätzlichkeit finden sich in dem einen Punkte zusammen: daß eine jede die Möglichkeit ihrer Entwicklung in dem Maße findet, in dem der Kreis um das Individuum ihr durch seine quantitative Erweiterung dazu den Raum, die Anregung und den Stoff gewährt.“ Vgl. auch *Vesting* Staatstheorie (Fn. 81), 165 ff., mit Verweis auf *Alain Ehrenbergs* „personale Wende des Individualismus“.

[154] *Reckwitz* Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105), 11 (Hervorhebung i.O.). Er betont dabei zu Recht den artifiziellen Charakter dieser Unterscheidung: „Weder *das* Allgemeine noch *das* Besondere sind also einfach vorhanden. Beide werden sozial fabriziert.“, a.a.O. (Hervorhebung i.O.).

[155] *Reckwitz* Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105), 9 (Hervorhebung i.O.). Darin liegt der Unterschied zur grundrechtsbasierten Aussage von *Zippelius* Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (19): „Es gehört zur Dialektik des Gleichheitssatzes, daß dieser [...] auch eine gleiche Freiheit gewährt, anders zu sein als andere.“

[156] „Abweichung vom Durchschnitt ist so kein Defizit mehr, sondern ein *Asset*.“, *Reckwitz* Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105), 381 f. (Hervorhebung i.O.). Vgl. kritisch zu solchen Entwicklungen schon *Norbert Bolz* Die Konformisten des Andersseins, 1999.

und damit entsprechende Differenzen reaktualisiert,[157] zum anderen, weil eben nicht jede Einzigartigkeit gleichwertig ist.[158]

b) *Technologiebasierte Verstärkungseffekte*

Der mit der Singularisierung eng verknüpfte „Kampf um Sichtbarkeit" betrifft die Offline-, aber auch und erst recht die Online-Welt.[159] Die soziologischen Beobachtungen werden entsprechend durch stärker technikorientierte Aussagen gestützt; teilweise wird daraus eine „Krise der Gleichheit" abgeleitet.[160] In der Tat ist nicht zu leugnen, dass es unter den Bedingungen von „Big Data" möglich ist, in komplexen, grenzüberschreitenden Datennetzwerken und vernetzten Softwaresystemen enorme Mengen an Daten zu erheben, mit anderen Datensätzen zu verknüpfen und mittels parallelisierbarer Algorithmen in erstaunlicher Geschwindigkeit, oft in Echtzeit, kontinuierlich Muster zu erkennen.[161] Über die Grenzen menschlicher Erkenntnis hinaus erfolgen damit auf statistischen Mustererkennungen aufruhend immer feiner ziselierte Analysen individueller und kollektiver Datensets,

---

[157] Vgl. *Reckwitz* Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105), v.a. 277 ff.

[158] Vgl. *Reckwitz* Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105), 266 ff. Insoweit anders *Rosanvallon* Die Gesellschaft der Gleichen (Fn. 91), 309: „Singularität wiederum ist durch den Faktor *Relation* definiert; sie ist kein Zustand. Differenz ist in ihrem Fall das Verbindende, nicht das Trennende. [...] Die Gleichheit der Singularitäten beruht also mitnichten auf einem Streben nach ‚Selbigkeit', sondern setzt im Gegenteil voraus, dass jedes Individuum sich durch das kundtut, was ihm eigen ist. Vielfalt ist in diesem Fall der Maßstab der Gleichheit. Letztere bedeutet, dass jeder seinen Weg finden und zum Gestalter seiner Geschichte werden kann, dass jeder gleichermaßen einzigartig ist." (Hervorhebung i.O.)

[159] Vgl. *Reckwitz* Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105), 225 ff.

[160] Vgl. dazu *Christoph Kucklick* Die granulare Gesellschaft, 2016; s. auch *Steffen Mau* Das metrische Wir, 2017.

[161] Vgl. hierzu und zum folgenden nur *Deutscher Ethikrat* Big Data und Gesundheit, 2017, 54 ff.; *Gernot Rieder/Judith Simon* Big Data: A New Empiricism and its Epistemic and Socio-Political Consequences, in: Wolfgang Pietsch/Jörg Wernecke/Maximilian Ott (Hrsg.) Berechenbarkeit der Welt?, 2017, 85 ff., jeweils m.w.N. Plastisch *Ziad Obermeyer/Ezekiel J. Emanuel* Predicting the Future – Big Data, Machine Learning, and Clinical Medicine, New England Journal of Medicine 375 (2016), 1216 (1217): „Machine learning […] approaches problems as a doctor progressing through residency might: by learning rules from data. Starting with patient-level observations, algorithms sift through vast numbers of variables, looking for combinations that reliably predict outcomes. In one sense, this process is similar to that of traditional regression models: there is an outcome, covariates, and a statistical function linking the two. But where machine learning shines is in handling enormous numbers of predictors – sometimes, remarkably, more predictors than observations – and combining them in nonlinear and highly interactive ways. This capacity allows us to use new kinds of data, whose sheer volume or complexity would previously have made analyzing them unimaginable."

die immer präzisere Stratifizierungen diesseits klassischer Gruppenzugehörigkeiten implizieren[162] und sogar Verhaltensprognosen erlauben.[163] In der Psychologie wurden die Möglichkeiten des Internets, gehaltvolle Beziehungen aufzubauen, mit der Vorstellung eines „authentische[n] Selbst“ in Verbindung gebracht, das dadurch gekennzeichnet sein soll, dass es „sich selbst und anderen verborgen bleibt und am besten in therapeutischen Begegnungen artikuliert wird.“[164] Unter den Bedingungen von Big Data wird die Therapiecouch durch die Big-Data-gestützte Analyse ersetzt: Der Algorithmus kennt uns besser als wir uns selbst.[165] Das zentrale Problem in diesen Konstellationen ist nicht die Vervielfältigung oder „Granularisierung“ als solche,[166] sondern die damit verbundene epistemische Dimension. Denn die mittels der Big-Data-Technik gewonnenen Einsichten stehen regelhaft nur besonderen, privaten Akteuren zur Verfügung.[167] Es drohen subtile Diskriminierungen[168] auf Basis weder für den Einzelnen noch für den Staat nachvollziehbarer Unterscheidungsparameter.

---

[162] Vgl. *Deutscher Ethikrat* Big Data (Fn. 161), 79 f., 105, 254 f.

[163] Vgl. dazu etwa allgemein *Jon Kleinberg/Jens Ludwig/Sendhil Mullainathan/Ziad Obermeyer* Prediction Policy Problems, American Economic Review 105 (2015), 491 ff.; *Evelyn Ruppert/John Law/Mike Savage* Reassembling the Social Science Methods, Theory, Culture & Society 30 (2013), 22 ff. Speziell für den juristischen Kontext s. etwa *Daniel Martin Katz* Quantitative Legal Prediction, Emory Law Journal 62 (2013), 909 ff.; *ders./Michael J. Bommarito/Josh Blackman* A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States, PLoS ONE 12 (2017), e0174698; *Timo Rademacher* Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, AöR 142 (2017), 366 ff.; *Theodore W. Ruger/Pauline T. Kim/Andrew D. Martin/Kevin M. Quinn* The Supreme Court Forecasting Project, Columbia Law Review 104 (2004), 1150 ff.

[164] Vgl. (mit Bezug auf *Carl Rogers*) *Eva Illouz* Gefühle in Zeiten des Kapitalismus, 2007, 159.

[165] Vgl. etwa *Wu Youyou/Michal Kosinski/David Stillwell* Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans, Proceedings of the National Academy of Sciences 112 (2015) 1036 ff.

[166] Vgl. hierzu etwa *Dabrock* Die Würde des Menschen ist granularisierbar (Fn. 145), 8 (11 ff.).

[167] Ähnliche Bedenken bei *Colin Crouch* Die bezifferte Welt, 2015, 55 ff., 69 ff.

[168] Vgl. etwa *Toshihiro Kamishima/Shotaro Akaho/Hideki Asoh/Jun Sakuma* Fairness-Aware Classifier with Prejudice Remover Regularizer, in: Peter A. Flach/Tijl De Bie/Nello Cristianini (Hrsg.) Machine Learning and Knowledge Discovery in Databases, 2012, 35 ff. S. exemplarisch mit Blick auf das bekannte US-amerikanische Beispiel, die Wahrscheinlichkeit der Rückfälligkeit von Straftätern algorithmenbasiert zu beurteilen, *Jeff Larson/Surya Mattu/Lauren Kirchner/Julia Angwin* ProPublica 2016 (online abzurufen unter https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm); *Julia Dressel/Hany Farid* The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism, Science Advances 4 (2018), eaao5580.

IV. Die (denkbare, wahrscheinliche) Pluralisierung des basalen genus proximum

Zum Abschluss ist noch auf einen vom Vorgesagten sich etwas abhebenden Aspekt einzugehen und die Frage zu stellen, inwieweit über die zunehmende Vielfalt der Identitäten und Unterscheidungsmerkmale hinaus selbst die dem Gleichheitspostulat seit jeher zugrundeliegende Vorstellung eines einheitlichen Rechtssubjekts in Frage zu stellen ist. Das mag manchen erstaunen, andere abstoßen. Die entsprechenden, zunächst in den Nachbarwissenschaften geführten Diskussionen[169] sind indes schon deshalb ernstzunehmen, weil sie an die auch in der juristischen Praxis „angekommenen" Antidiskriminierungsdebatten anschließen.[170] So muss man die Tierrechtsbewegung zwar nicht als eine zwingende, nahtlose Fortsetzung der entsprechenden Emanzipationskämpfe verstehen. Man darf aber Verbindungslinien nicht ignorieren. Die Protagonisten stellen ihre Forderung nach einer Erweiterung der *community of equals* ganz ausdrücklich in den Kontext früherer, zwischenmenschlicher Diskriminierungen.[171] In diesem Sinne liegt es im Fluchtpunkt der Diversitätsdebatte, die Speziesbarriere zu durchbrechen.[172] Trotzdem soll es an dieser Stelle nicht darum gehen, den

---

[169] Der Spott, den die Berufung auf „Menschenrechte für Menschenaffen" im juristischen Mainstream erhalten hat, beruht (auch) auf einer gewissen disziplinären Introvertiertheit und der unzureichenden Berücksichtigung von Diskussionen, die außerhalb der Rechtswissenschaft sehr intensiv geführt werden; s. dazu die Nachweise oben Fn. 39; ferner etwa *Paola Cavalieri* The Animal Question, 2001; *David DeGrazia* Taking Animals Seriously: Mental Life and Moral Status, 1996; *Julian H. Franklin* Animal Rights and Moral Philosophy, 2004; *Tom Regan* The Case for Animal Rights, 1983, sowie die Beiträge in: Cass R. Sunstein/Martha Nussbaum (Hrsg.) Animal Rights: Current Debates and New Directions, 2004. Vgl. zur Kritik eines moralischen Anthropozentrismus jüngst auch *Achim Lohmar* Falsches moralisches Bewusstsein, 2017.

[170] Vgl. dazu etwa *Karin Schachinger* Gender Studies und Feminismus, in: Spannring u.a. (Hrsg.) Disziplinierte Tiere? (Fn. 39), 53 ff.; s. ferner exemplarisch die Arbeiten *Will Kymlickas*, etwa Multicultural Citizenship, 1995, einerseits und *Sue Donaldson/Will Kymlicka* Zoopolis, 2013; *dies.* Bill und Lou in der Zoopolis, Mittelweg 36, 23. Jahrgang (2014), 27 ff., andererseits.

[171] Vgl. etwa die Beiträge in: Peter Singer/Paola Cavalieri (Hrsg.) Great Ape Project, 1995; s. auch http://www.greatapeproject.de. Deutlich mit Blick auf einzelne Argumentationsmuster ferner die Beiträge in: Chimaira (Hrsg.) Human-Animal Studies (Fn. 94).

[172] Nur am Rande sei erwähnt, dass damit auch der soziologischen Beobachtung von der „Gesellschaft der Singularitäten" Rechnung getragen wird. *Andreas Reckwitz* verweist zur Erläuterung seiner Terminologie (online abzurufen unter: https://soziopolis.de/beobachten/kultur/artikel/reckwitz-buchforum-10-die-gesellschaft-der-singularitaeten/) auf die von ihm intendierte Überwindung des Anthropozentrismus: „Denn traditionell bezieht sich das Individuum auf das menschliche Subjekt. Natürlich gab es immer schon alternative Begriffsverwendungen (gerade Simmel bezieht den Individualismus in innovativer Weise auch auf Gemeinschaften, die selbst ‚individuell' sein können), aber der Anthropozentrismus dieser

Gleichheits- und Vielfaltsdiskurs in Richtung der Tiere[173] fortzuspinnen.[174] Eine andere Perspektiverweiterung erscheint aktuell näherliegender und

---

Semantik bleibt bestehen. Für meine Perspektive ist es jedoch zentral, dass die Prozesse der Singularisierung gleichermaßen verschiedene Einheiten des Sozialen betreffen können: sicherlich Subjekte, aber auch Objekte, dinglicher oder immaterieller Art (zum Beispiel auch religiöse Weltanschauungen), zudem räumliche Einheiten (Orte), zeitliche Einheiten (Ereignisse) und schließlich kollektive Einheiten wie Nationen, Schulen oder Organisationen selbst. Die moderne, insbesondere spätmoderne soziale Logik der Singularisierung betrifft all diese Einheiten zugleich und hat insofern nicht mehr primär ein ‚Individuum' zu ihrem Gegenstand."

[173] Vgl. zu deren möglichem Personenstatus etwa *Steffen Augsberg* Der Anthropozentrismus des juristischen Personenbegriffs, Rechtswissenschaft 2016, 338 ff.; dezidiert etwa *Saskia Stucki* Grundrechte für Tiere, 2016; s. auch *Birgit Brüninghaus* Die Stellung des Tieres im Bürgerlichen Gesetzbuch, 1993, 127 ff. S. zu anderen denkbaren Ausweitungen des Personenverständnisses etwa *Joel Feinberg* The Rights of Animals and Unborn Generations, in: *ders.* Rights, Justice, and the Bounds of Liberty, 1980, 159 ff.; *Andreas Fischer-Lescano* Natur als Rechtsperson, ZUR 2018, 205 ff.; *James L. Huffman* Do Species and Nature Have Rights?, Public Land and Resources Law Review 13 (1992), 51 ff.; *Jens Kersten* Who Needs Rights of Nature, in: Anna Leah Tabios Hillebrecht/María Valeria Berros (Hrsg.) Can Nature Have Rights?, Rachel Carson Center Perspectives 6/2017, 9 ff.

[174] Persönlich hege ich zwar wenig Zweifel daran, dass künftige Generationen unseren Umgang mit Tieren, namentlich in der industrialisierten Landwirtschaft, mit ähnlichem Unverständnis und vergleichbarem Entsetzen ansehen werden wie wir Heutigen den Sklavenhandel, das fehlende Wahlrecht für Frauen oder die Strafbarkeit der Homosexualität. Das bedeutet aber noch lange nicht, dass diese Konstellationen moralisch und rechtlich auf gleicher Stufe stehen und insbesondere eine entsprechend übereinstimmende normative Reaktion erfordern. Vielmehr lässt sich mit guten Gründen bezweifeln, dass diese Form von „*More-than-Human Legalities*" (so *Irus Braverman* More-than-Human Legalities: Advocating an Animal Turn, in: Austin Sarat/Patricia Ewick [Hrsg.] The Handbook of Law and Society, 2015, 307 ff.) die allen Annäherungen zum Trotz bestehende Grenze zwischen Mensch und Tier – vgl. zur weiterhin erforderlichen Berücksichtigung dieser Differenz *Jacques Derrida* Das Tier, das ich also bin, 2. Aufl. 2016, S. 56 – beseitigt. Auch eine noch so tierrechtsfreundliche Ausgestaltung eines menschengemachten Rechtssystems kann die hieraus resultierende grundsätzliche Asymmetrie nicht aus der Welt schaffen. Vgl. in diesem Sinne *Derrida* Das Tier, das ich also bin, 145: „Die Sozialisierung der menschlichen Kultur geht Hand in Hand mit dieser Schwächung, mit der Domestizierung des gezähmten Tieres, ist nichts anderes als das Vieh-Werden des Tieres (*devenir bétail de la bête*). Die Zähmung, Bändigung, Domestizierung des ‚zahmen Viehs' ist die Sozialisation des Menschen. [...] Es gibt also keine Sozialisation, keine politische Konstituierung, keine Politik ohne ein Prinzip der Domestizierung des wilden Tieres (*animal sauvage*). Die Idee einer Tierpolitik (*politique de l'animal*), die behauptete, dass sie mit dieser Macht, dem Tier (*bête*), dem Vieh-Werden des Tieres zu befehlen, brechen würde, wäre absurd und widersprüchlich." Das heißt für *Derrida* aber nicht, dass eine entsprechende Verschiebung des herrschenden Rechtsverständnisses nicht dennoch unternommen werden sollte: „Für den Moment müssen wir uns mit einer Gestaltung der rechtlichen Regeln zufriedengeben, so wie sie existieren. Doch eines Tages wird man die Geschichte dieses Rechts neu betrachten und begreifen müssen, daß die Tiere, auch wenn sie nicht unter Begriffe wie Staatsbürger, an das Sprechen gebundenes Bewußtsein, Subjekt usw. zu fassen sind, dennoch nicht

dringlicher. Nicht die Mitkreatur, sondern das Geschöpf des Menschen ist in den Blick zu nehmen.[175] Zu fragen ist, ob und wie sich Künstliche Intelligenz dem Menschen so sehr angenähert hat oder doch angenähert werden kann, dass dessen Sonderstellung in Zweifel steht.[176]

Bekanntermaßen sind die Kriterien dafür, was das Menschsein ausmacht, alles andere als ausgemacht. Die Künstliche Intelligenz trägt hier – ebenso wie andere biotechnische Innovationen[177] – zu weiterer Verunsicherung und Unklarheit bei.[178] So ist es nicht länger sinnvoll, den Menschen als das „sprachbegabte Tier" auszusondern.[179] In seiner „exzentrische[n] Positionalität"[180] wie auch als „nicht festgestelltes" „Mängelwesen"[181] ist der Mensch zwar auf Sprache und Kultur, die unhintergehbaren grundsätzlichen Elemente seiner Sonderstellung, verwiesen[182] und durch das „anteilnehmende Geöffnetsein" für den anderen gekennzeichnet.[183] Kulturüber-

---

‚recht'los sind. Selbst der Begriff des Rechts wird ‚über-dacht' werden müssen." (*Jacques Derrida* in: *ders./Elisabeth Roudinesco* Woraus wird Morgen gemacht sein?, 2006, 127).

175 Vgl. zu dieser „Intersection of Boundaries" etwa *Stefano Franchi/Cüven Güzeldere* Machinations of the Mind, in: Stefano Franchi (Hrsg.) Mechanical Bodies, Computational Minds, 2005, 15 ff.; ferner *Kate Darling* Extending legal protection to social robots, in: Ryan Calo/A. Michael Froomkin/Ian Kerr (Hrsg.) Robot Law, 2016, 213 ff.; *Donna Haraway* Monströse Versprechen, 2017; *Jens Kersten* Die maschinelle Person, in: Arne Manzeschke/Fabian Karsch (Hrsg.) Roboter, Computer und Hybride, 2016, 89 ff.

176 S. allgemein zu Überlegungen zu neuen Formen der Rechtssubjektivität *Vesting* Staatstheorie (Fn. 81), Rn. 302 f.; s. auch die in der Zeitschrift für Rechtssoziologie 37 (2017), 1 ff., zusammengestellten Beiträge zum Thema „Neue Theorien des Rechtssubjekts", v.a. *Jens Kersten* Relative Rechtssubjektivität, a.a.O., 8 ff.

177 Vgl. bspw. zu den sog. SHEEFS *John Aach/Jeantine Lunshof/Eswar Iyer/George M. Church* Addressing the ethical issues raised by synthetic human entities with embryo-like features, eLife 2017;6:e20674 (doi: 10.7554/eLife.20674).

178 Vgl. etwa *Sebastian Sierra Barra/Martin Deschauer* Versuch einer nichtmenschlichen Anthropologie von Intelligenz, in: Malte-Christian Gruber/Jochen Bung/Sascha Ziemann (Hrsg.) Autonome Automaten, 2015, 61 ff.

179 Dazu *Charles Taylor* Das sprachbegabte Tier, 2017. Vgl. zur Problematik einer sprachbasierten Unterscheidung von Mensch und Tier allerdings aus jüngerer Zeit etwa *Dieter Lohmar* Denken ohne Sprache, 2016; *Eva Meijer* Die Sprachen der Tiere, 2018.

180 Dazu näher *Helmuth Plessner* Die Aufgabe der Philosophischen Anthropologie, in: *ders.* Gesammelte Schriften 8, hrsg. von Günter Dux u.a., 1983, 33 ff.; *ders.* Die Stufen des Organischen und der Mensch, in: *ders.* Gesammelte Schriften 4, hrsg. von Günter Dux u.a., 1985, v.a. 360 ff.

181 *Arnold Gehlen* Der Mensch: seine Natur und seine Stellung in der Welt (1940), in: *ders.* Gesamtausgabe Bd. 3, Teilbd. 1, hrsg. von Karl-Siegbert Rehberg, 1993, 4 und 9 (in Anknüpfung *Friedrich Nietzsches* Wort vom „noch nicht festgestellten Tier"), passim.

182 Zu dieser Grundthese *Gehlens* vgl. z.B. *Hans Lenk* Zum transzendentalen Kulturismus Arnold Gehlens, in: *ders.* Zwischen Sozialpsychologie und Sozialphilosophie, 1987, 112 ff., der *Gehlen* insbesondere gegen den Vorwurf des „Biologismus" verteidigt.

183 *Karl Jaspers* Vernunft und Existenz, 1973, 70 ff.; dazu auch *Norbert Bolz* Am Ende der Gutenberg-Galaxis, 1993, 29 f. Zum kryptotheologischen Habitus der insoweit (auch)

greifend[184] wird er dementsprechend als das sich entwickelnde, auf den anderen angewiesene Gemeinschaftswesen verstanden[185] – und zwar nicht trotz, sondern gerade angesichts der bestehenden Unterschiede: „Alterity is at its peak in mutuality."[186] Kommunikations- und Interaktionsabhängigkeit kennzeichnet indes auch die avancierteren Formen Künstlicher Intelligenz und Mensch-Maschinen-Hybride.[187] Hierauf muss sich das Recht und muss sich der Gleichheitsdiskurs einstellen.[188] Es hat wenig Sinn, sich gegenüber absehbaren und wahrscheinlichen Entwicklungen schlicht abzuschotten und sie in das Reich der *science fiction* zu verweisen – eine „innovationsoffene Rechtswissenschaft"[189] zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht nur reagiert, sondern auch antizipiert.[190]

---

auf Jaspers aufbauenden Diskurstheorie siehe *Ladeur/I. Augsberg* Toleranz (Fn. 98), 36 ff.

[184] Vgl. auch *Dae-Jong Yang* Der Mensch im Blick des anderen Menschen, in: Detlev Ganten u.a. (Hrsg.) Was ist der Mensch?, 2008, 276 (278), mit dem interessanten Hinweis, dass sich eine entsprechende zwischenmenschliche Abhängigkeit im Chinesischen schon im Schriftzeichen für den Menschen niedergeschlagen hat.

[185] Streng genommen grenzt eine solche Betrachtung die besonders prekären Konstellationen am Lebensanfang und -ende aus. Hier erinnern biologisch-medizinische Erkenntnisse daran, dass die psycho-physischen Entwicklungsstufen des Menschen im fortlaufenden Prozess des Lebens (und Sterbens) so differenziert und subtil verlaufen, dass eindeutige Festlegungen kaum möglich erscheinen. Vgl. nur die knappe Darstellung bei *Christoph Viebahn* Eine Skizze der embryonalen Frühentwicklung des Menschen, in: Gregor Damschen/Dieter Schönecker (Hrsg.) Der moralische Status menschlicher Embryonen, 2003, 269 ff.

[186] *Ricoeur* The Course of Recognition (Fn. 44), 251.

[187] Vgl. etwa *Robin Hanson* The Age of Em, 2016, sowie die Beiträge in: Manzeschke/Karsch (Hrsg.) Roboter, Computer und Hybride (Fn. 175). S. ferner etwa *Jens Kersten* Die Konsistenz des Menschlichen, in: Christian Bumke/Anne Rödel (Hrsg.) Autonomie im Recht, 2017, 315 (317 ff.), sowie – mit Bezug auf *Bruno Latour* Das Parlament der Dinge, 3. Aufl. 2009, 93 ff. – *Gunther Teubner* Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteursstatus in Recht und Politik, in: Paolo Becchi/Christoph Beat Graber/Michele Luminati (Hrsg.) Interdisziplinäre Wege in die juristische Grundlagenforschung, 2007, 1 (8 ff.). S. ferner zur Begriffsbestimmung *Annette Guckelberger* Modifizierung der polizeirechtlichen Verantwortung bei „intelligenten" Robotern?, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2018, 7 (12 ff. m.w.N.).

[188] Vgl. zur „Vernunftnatur" als Grundlage der „Wesensgleichheit der Menschen" *Köhler* Recht und Gerechtigkeit (Fn. 50), 229 f. Kritisch zu entsprechenden Argumentationsmodellen *Lohmar* Falsches moralisches Bewusstsein (Fn. 169).

[189] Vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem* Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, 23 ff.; *ders.* Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung als Reaktion auf gesellschaftlichen Innovationsbedarf, in: Martin Eifert/ders. (Hrsg.) Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, 26 ff.

[190] Das Rechtssystem kennzeichnet eine spezifische Offenheit und Anpassungsfähigkeit; seine Entscheidungen lassen sich im Sinne einer spezifischen Bifunktionalität nachvollziehen; sie dienen „der provisorischen Bindung von Ungewissheit, d.h. dem Schutz in das Vertrauen der Stabilität der rechtlichen Regelbestände (Erwartungssicherheit), aber

Dabei können an dieser Stelle keine abschließenden Vorschläge gemacht werden. Es geht vor allem um einen Denkanstoß zu einem relativ frühen Zeitpunkt. Zu warnen ist allerdings vor einer zu stark traditionellen Denkmustern verhafteten Herangehensweise: Künstliche Intelligenz muss in ihren spezifischen Stärken und Schwächen erfasst werden.[191] Anthropomorphe Idealisierungen sind dabei ebenso wenig hilfreich wie das Beharren auf dem *status quo*.[192] Zu erinnern ist an die Beobachtung *Christoph Menkes*, dass die modernen Rechte nicht auf der Existenz autonomer Subjekte beruhen; statt dessen gibt es „autonome Subjekte, weil es die moderne Form der Rechte gibt."[193] Das ist bei Menke kritisch gemeint, lässt sich aber auch affirmativ fassen[194] und verdeutlicht dann Gestaltungsoptionen. Als Zwischenlösung ist daran zu denken, Künstliche Intelligenz über die objektiv-verfassungsrechtliche Dimension des allgemeinen Gleichheitssatzes zu

---

zugleich, ja in einer dynamischen Gesellschaft vielleicht sogar primär, der Ermöglichung des Neuen (Variation).", so *Thomas Vesting* Rechtstheorie, 2007, Rn. 227. Vgl. im vorliegenden Zusammenhang entsprechend auch *Guckelberger* Modifizierung der polizeirechtlichen Verantwortung (Fn. 187), 7 (9 m.w.N.); allg. zum Konzept des „learning law" *Niklas Luhmann* Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, 208 ff.; *Karl-Heinz Ladeur* Postmoderne Rechtstheorie, 2. Aufl. 1995, 103 ff.; *Gralf Peter Calliess* Prozedurales Recht, 1999, 121 f. S. auch *Voßkuhle* Vielfaltssicherung (Fn. 79), 97 ff. Gerade die Grundrechte sind nicht auf den faktischen oder legalen status quo ihrer Entstehung festgelegt, sondern bewusst entwicklungsfähig konzipiert. „Die normative Kraft der Verfassung" (*Konrad Hesse*, 1973) erweist sich in ihrer Fähigkeit, sich der sich verändernden Lebenswelt anzupassen.

[191] Insoweit ähnlich (im Ergebnis aber eine Rechtsfähigkeit ablehnend) *Horst Eidenmüller* The Rise of Robots and the Law of Humans, Oxford Legal Studies Research Paper No. 27/2017 (online abzurufen unter https://ssrn.com/abstract=2941001), v.a. 11 ff. Vgl. demggü. die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL)), in der die Kommission u.a. aufgefordert wird, „langfristig einen speziellen rechtlichen Status für Roboter zu schaffen, damit zumindest für die ausgeklügeltsten autonomen Roboter ein Status als elektronische Person festgelegt werden könnte, die für den Ausgleich sämtlicher von ihr verursachten Schäden verantwortlich wäre, sowie möglicherweise die Anwendung einer elektronischen Persönlichkeit auf Fälle, in denen Roboter eigenständige Entscheidungen treffen oder anderweitig auf unabhängige Weise mit Dritten interagieren".

[192] Ein interessantes Beispiel liefern die Vorschläge der durch den Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Ethik-Kommission „Automatisiertes und Vernetztes Fahren", insbesondere mit Blick auf die Problematik eines „Overruling" durch den Menschen (online abzurufen unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethik-kommission.pdf?_blob=publicationFile).

[193] *Christoph Menke* Kritik der Rechte, 2015, 17.

[194] In diesem Sinne auch *Bijan Fateh-Moghadam* Selbstbestimmung im biotechnischen Zeitalter, Basler Juristische Mitteilungen 2018, 205 (219).

erfassen – so wie diese jetzt schon operationalisiert wird, um juristische Personen des öffentlichen Rechts und bestimmte, an sich nicht grundrechtsberechtigte Privatrechtssubjekte zu schützen.[195]

V. Dynamisierung der Gleichheit und Stabilisierung der Vielfalt – demokratietheoretische Implikationen

Das Ideal (demokratischer und sozialer) Gleichheit ist für die Aufrechterhaltung und den inneren Zusammenhalt einer Gesellschaft unerlässlich. Das gilt gerade dann, wenn diese Gesellschaft in sich „bunter" wird. Dabei sollte nicht in Abrede gestellt werden, dass Vielfalt mit einem – unter Umständen ganz erheblichen – Konfliktpotential ausgestattet ist. Aus einer liberalen Perspektive ist es jedoch nicht unproblematisch, wenn gefordert wird, der Staat habe sich – in erkennbar paternalistischer Weise, bezeichnenderweise der Psychologie entstammende Fachbegriffe heranziehend[196] – um eine Art „Vielfaltserziehung" zu bemühen.[197] Für das öffentliche Recht geht es vielmehr darum, im Sinne einer funktionalen Handhabbarkeit die vorhandene Vielfalt zu stabilisieren,[198] ohne damit Unterschiede „einzufrieren" und/oder als unaufhebbar anzusehen.[199] Zudem ist die Gleichheitsdogmatik durch eine stärkere

---

[195] Vgl. *Wollenschläger* (Fn. 63), Art. 3 Abs. 1 Rn. 42, 65. Denkbar und theoretisch ambitionierter ist es, an Helmut Ridders Konzept der „impersonalen Rechte" anzuknüpfen, vgl. *Helmut Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, 85 ff.; dazu *Ladeur* Helmut Ridders Konzept der Meinungs- und Pressefreiheit (Fn. 115), 281 ff./479 ff.

[196] Zur „vorherrschende[n] Sprachideologie der Psychologie" s. *Illouz* Gefühle in Zeiten des Kapitalismus (Fn. 164), 159.

[197] Vgl. *Thiele* Gleichheit angesichts von Vielfalt (Fn. 6), 1112 (1119 m.w.N.), der „Ambiguitätstoleranz" sowie „das stetige Einüben sowie Institutionalisieren einer toleranten Haltung" einfordert. Der von *Thomas Bauer* übernommene Begriff dient bei diesem ursprünglich dazu, islamische Gesellschaften des 14. Jahrhunderts zu beschreiben (s. *ders.* Die Kultur der Ambiguität, 2011, 13 ff.) und wird erst später normativ gewendet auf die Gegenwart übertragen (s. *ders.* Die Vereindeutigung der Welt [Fn. 17], 17 ff.). Vgl. ähnlich *Stichweh* Fremdheit in der Weltgesellschaft (Fn. 131), 162 ff., der eine „Minimalsympathie" für erforderlich erachtet, und jüngst *Aleida Assmann* Menschenrechte und Menschenpflichten, 2018. S. demggü. die Differenzierung zwischen rechtlicher Anerkennung und sozialer Wertschätzung bei *Axel Honneth* Kampf um Anerkennung, 1994, 180 ff. (mit Bezug auf *Rudolf v. Jhering* Der Zweck im Recht, 1905).

[198] Zu Hegels Versuch, „eine vorbildlose Moderne aus den von ihr selbst hervorgebrachten Entzweiungen heraus [zu] stabilisieren", s. *Jürgen Habermas* Der philosophische Diskurs der Moderne, 1991, 26 ff.

[199] Vgl. dazu etwa *Sergio Costa* Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America, in: Aldo Mascareño/Kathya Araujo (Hrsg.) Legitimization in World Society, 2012, 139 ff.

Fokussierung ihrer unhintergehbaren Normativität zu dynamisieren.[200] Beides ist nicht nur von rechtsstaatlichem, sondern auch von demokratischem Interesse. „Die liberale Demokratie wird mit einem Begehren nach Einheit und Identität konfrontiert, die den gespaltenen Subjekten fremd bleiben müssen und von denen sie sich doch nicht fernhalten können."[201]

Über systemintern ansetzende Vorschläge einer prinzipiellen[202] bzw. partiellen[203] Erweiterung des Legitimationssubjekts hinaus ist demnach zu überlegen, ob nicht die nach wie vor dominante lineare Grundkonzeption demokratischer Legitimation, die mit dem Bild von der „ununterbrochenen Legitimationskette" zwischen dem legitimationsbedürftigen konkreten staatlichen Handeln und dem sog. „Volkswillen" veranschaulicht wird, in Zweifel zu ziehen ist. Dieses Modell demokratischer Legitimation ist einheits- und identitätsorientiert;[204] im Zentrum steht der traditionelle

---

[200] Vgl. begrifflich ähnlich, inhaltlich aber anders ausgerichtet *Zippelius* Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (31 f.).

[201] *Thomas Vesting* Die liberale Demokratie und das Andere der Kultur (und der Medien), in: Ino Augsberg/Karl-Heinz Ladeur (Hrsg.) Politische Theologie(n) der Demokratie, 2018, 18 (35).

[202] Vgl. dazu insbes. *Brun-Otto Bryde* Kritik der Volks-Demokratie, in: ders. (Hrsg.) Triumph und Krise der Demokratie, 1999, 27 ff.; *ders.* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305 ff. Vgl. zum Problem auch *Axel Honneth* Das Recht der Freiheit, 2011, 470 ff.

[203] Vgl. zum sog. inklusiven Wahlrecht etwa *Heinrich Lang* Inklusives Wahlrecht – ein Update, ZRP 2018, 19 ff.; *ders./Anke S. Kampmeier/Kirsten Schmalenbach/Gerd Strohmeier/Stephan Mühlig* Studie zum aktiven und passiven Wahlrecht von Menschen mit Behinderung, 2016 (online abzurufen unter http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0168-ssoar-47362-2); zu den Überlegungen, ein Kinder- resp. Elternwahlrecht einzuführen, s. nur *Friederike Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, 548 ff.

[204] Vgl. „klassisch" *Carl Schmitt* Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl. 1996, 13 ff.; *ders.* Verfassungslehre, 6. Aufl. 1983, 215. Die politische Einheit nimmt dabei Bezug auf die Bestimmung des Politischen im Schema der Inklusion/Exklusion, verlangt also, dass „das Volk kraft eigenen politischen Bewusstseins und nationalen Willens die Fähigkeit hat, Freund und Feind zu unterscheiden.", ebd., 214. Zur Kritik des Schmittschen Konzepts vgl. etwa *Hasso Hofmann* Legitimität gegen Legalität, 1964, 147 ff.; *Christoph Müller* Das imperative und freie Mandat, 1966, 17 ff.; s. auch *Konrad Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999, Rn. 131; *Horst Dreier* in: ders. (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 60; Gegenkritik bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.) HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 49 f.; s. zu Böckenförde wiederum kritisch *Robert Chr. van Ooyen* Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, 2010, S. 34 ff.; *ders.* Politik und Verfassung, 2006, S. 64 ff. S. im vorliegenden Zusammenhang zum „Gedanken des homogenen Bürgertums" *Kaufmann* Gleichheit vor dem Gesetz (Fn. 60), 2 (17); darauf Bezug nehmend *Zippelius* Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (9). Das gilt selbst dort, wo einem durch „Mitgliedschaftsbedingungen" verengten Demokratieverständnis ein ohne entsprechende Privilegierungen auskommendes Öffentlichkeitskonzept (als „Bewusstsein des Politischen" bzw. „Sphäre kritischer Prüfung") entgegengesetzt wird,

Repräsentationsgedanke.[205] Demgegenüber wird in der jüngeren Demokratietheorie – insbesondere der poststrukturalistischen und post-fundamentalistischen politischen Philosophie[206], aber auch der Systemtheorie[207] – ein Perspektivwechsel von der identitäts- zu einer stärker differenzorientierten Sichtweise vollzogen.[208] An die Stelle der Konsensorientierung tritt eine positive Inbezugnahme von Differenz und Dissens.[209] Legitimationstheore-

---

vgl. *Volker Gerhardt* Öffentlichkeit. Die politische Form des Bewusstseins, 2012, 291, 304. Dazu kritisch *Peter Dabrock* Öffentlichkeit und Religion, Marburger Jahrbuch Theologie 26 (2014), 77 (89): „Dabei arbeitet Gerhardt jedoch mit dem rhetorischen Gestus des Ganzen, der als solcher nicht hinreichend dekonstruiert wird und damit den Eindruck hinterlässt, als ob die Öffentlichkeit selbst jenes Ganze bilde oder jedenfalls prinzipiell noch als ein solches fungieren könne. Beide Annahmen müssen mit Blick auf die gesellschaftliche Konstellation einer weltanschaulich pluralen und ausdifferenzierten Gesellschaft jedoch als unterkomplex zurückgewiesen werden."

[205] In seiner modernen Form postuliert dieser zwar nicht mehr ein unmittelbares Korrespondenzverhältnis zwischen Regierenden und Regierten, sondern berücksichtigt (auch) die unumgänglichen Verschiebungen im Prozess der Repräsentation. Diese werden dabei indes v.a. als Problem – im Sinne einer „Verfälschung" des nur unzureichend verwirklichten Identitätsgedankens – aufgefasst. Vgl. hierzu im Überblick *Oliver W. Lembcke* Theorie demokratischer Repräsentation, in: ders./Claudia Ritzi/Gary S. Schaal (Hrsg.) Zeitgenössische Demokratietheorie, Bd. 2: Empirische Demokratietheorien, 2016, 23 ff.; *Nadia Urbinati/Mark E. Warren* The Concept of Representation in Contemporary Democratic Theory, Annual Review of Political Science 11 (2008), 387 ff.; s. auch *Giuseppe Duso* Die moderne politische Repräsentation, 2006. Vgl. demggü. zum Repräsentationsverständnis *Jacques Rancières Marina Martinez Mateo* „Doch diese Störung zielt eher auf ein Mehr als auf ein Weniger an Repräsentation", in: Linpinsel/Lim (Hrsg.) Gleichheit, Politik und Polizei (Fn. 26), 121 (122 ff.).

[206] Vgl. etwa *Claude Lefort* Die Frage der Demokratie, in: Ulrich Rödel (Hrsg.) Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, 1990, 281 ff.; *ders.* Fortdauer des Theologisch-Politischen?, 1999; *Jean-Luc Nancy* Wahrheit in der Demokratie, 2009; s. zur „im Zustand permanenter Revolution befindlichen [...] Politik" *ders.* Begrenzte und unendliche Demokratie, in: *Agamben u.a.* Demokratie (Fn. 21), 72 (78); s. ferner *Jacques Rancière* Das Unvernehmen, 2002; s. auch *ders.* Der Hass der Demokratie, 2011, 98: Demnach ist die Demokratie nicht eine Regierungs- oder Gesellschaftsform, sondern „zuallererst diese paradoxe Bedingung der Politik, jener Punkt, in dem jede Berechtigung mit der Tatsache konfrontiert wird, selbst keine letztgültige Berechtigung zu haben, sowie mit der egalitären Kontingenz, die die unegalitäre Kontingenz selbst unterstützt". Vgl. hierzu allgemein auch die Beiträge in: Linpinsel/Lim (Hrsg.) Gleichheit, Politik und Polizei (Fn. 26).

[207] Vgl. *Niklas Luhmann* Die Zukunft der Demokratie, in: *ders.* Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft, 1987, 126 ff.; *ders.* Die Politik der Gesellschaft, 2000, 356 ff.

[208] Vgl. im Überblick *Oliver Marchart* Die politische Differenz, 2010, 87 ff.; *Uwe Hebekus/Jan Völker* Neue Philosophien des Politischen, 2012.

[209] Allerdings nicht im Sinne einer vulgär-schmittianischen Überbetonung des agonalen Elements, vgl. *Chantal Mouffe* Über das Politische, 2007, 7 ff.; *William Rasch* Konflikt als Beruf, 2005, 12 ff.

tisch stehen nicht konkrete Machtpositionen im Mittelpunkt.[210] Statt dessen gilt die Aufmerksamkeit etwa dem funktionalen Mehrwert der prozesshaften Aufspaltung von Macht[211] und der Frage, warum die Figur des Machtsubjekts grundsätzlich prekär bleiben muss.[212] Mir scheint, dass ein derartiges „postidentitäres" Konzept nicht nur mit Blick auf die Supra-, Inter- und Transnationalisierung des Rechts,[213] sondern zumal angesichts der zunehmend vielfältigen Struktur unserer Gesellschaft[214] klare Vorteile bietet. Dies auch innerhalb der Rechtswissenschaft[215] intensiver zu diskutieren, kann deshalb dazu beitragen, den beschriebenen „Verfaltungen" von Gleichheit und Vielfalt und namentlich der Einsicht in ihre jeweilige soziale Konstruiertheit besser gerecht zu werden.

---

[210] Vgl. etwa *Nancy* Begrenzte und unendliche Demokratie (Fn. 206), 72 (82 ff.).

[211] Vgl. zur Unterscheidung des Gegensatzpaares von Regierung und Opposition („Spaltung der Spitze") *Niklas Luhmann* Zukunft der Demokratie (Fn. 207), 126 (127). Dazu etwa *Edwin Czerwick* Systemtheorie der Demokratie, 2008, 105 ff.; *Stefan Lange* Niklas Luhmanns Theorie der Politik, 2003, 175 ff.; *Matthias Wefer* Kontingenz und Dissens, 2004, 120 ff.

[212] Vgl. *Claude Lefort* Die Frage der Demokratie (Fn. 206), 281 ff.; *ders.* Fortdauer des Theologisch-Politischen? (Fn. 206). Vgl. dazu näher *Andreas Wagner* Recht – Macht – Öffentlichkeit, 2010, 136 ff.; s. auch die Beiträge in: ders. (Hrsg.) Am leeren Ort der Macht, 2013.

[213] Vgl. deutlich etwa *Benhabib* Kulturelle Vielfalt (Fn. 19), 111: „Der Begriff der ‚Nation' und das Phänomen des ‚Nationalismus' haben die stillschweigende und historisch katastrophale Identifizierung dieser beiden Prozesse von Identitätsstiftung und Souveränität erlaubt, denn die Nation wird nicht nur als selbst-identischer und homogener politischer Körper, sondern auch als Quelle aller souveränen Autorität gedacht. Die Perspektive der republikanischen Gründung legitimiert so die Setzung eines homogenen Volkskörpers als Ort aller politischen Autorität." S. zum Hintergrund auch *Annette Knaut* Von der Idee der Nation als politischer und sozialer Willensgemeinschaft zur Transformation der Nation im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung, Archiv für Begriffsgeschichte 53 (2011), 119 ff.

[214] Vgl. *Ernesto Laclau* Emanzipation und Differenz, 2002, 56: „Das Universelle ist Symbol einer abwesenden Fülle, während das Partikulare nur in einer widersprüchlichen Bewegung existiert, gleichzeitig eine differentielle Identität durchzusetzen und sie durch Einordnung in ein nicht-differentielles System aufzuheben." S. auch dort, 41: „Partikularität verneint *und* erfordert Totalität, das heißt: den Grund." (Hervorhebung i.O.).

[215] Vgl. bereits *James Tully* Public Philosophy in a New Key, 2008, und *ders.* Strange Multiplicity, 1995.

Leitsätze des 1. Referenten über:

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses

I. Problemaufriss: Gleichheit und Vielfalt in Komplementarität und Spannung

(1) Das zwischen Gleichheit und Vielfalt bestehende Spannungsverhältnis muss ernstgenommen und in seinen produktiven wie problematischen Konsequenzen analysiert werden.

(2) Dazu sind Gleichheit und Vielfalt in deskriptiv-analytischer wie in normativer Perspektive, aber zumal in den jeweiligen Verschleifungen dieser Perspektiven zu erfassen.

(3) Gerade für die Gleichheit ist zu betonen, dass sie uns nicht vorgegeben, sondern aufgegeben ist; sie ist nicht absolut, sondern relativ, nicht Ausgangs-, sondern Zielpunkt menschlicher Gemeinschaft.

(4) Der multidimensionalen Untersuchungsperspektive entspricht eine Betrachtung von Entwicklungslinien (II.) und kurrenten Anwendungsszenarien (III.). Im Sinne der „Entfaltung von Vielfalt" ist ferner auf mögliche Gattungsgrenzüberschreitungen einzugehen (IV.). Die Beschäftigung mit Gleichheit und Vielfalt lenkt schließlich den Blick auf ein stärker differenz- und dissensorientiertes Demokratieverständnis (V.).

II. Entwicklungslinien

(5) Die – durch eine große Bedeutungsvarianz gekennzeichnete – normative Gleichheitsdimension setzt bestehende Ungleichheit voraus. Gegenüber der gängigen Annahme einer klaren Dichotomie von Faktizität und Geltung ist allerdings daran zu erinnern, dass im (Gleichheits-)Recht Gemeinsamkeiten wie Unterschiede nicht nur vorgefunden, sondern konstruiert werden.

(6) Der Vielfaltsdiskurs ist eng verwoben mit Emanzipationsstreben und Identitätssicherung. Identität ist dabei weder zwingend starr und einheitlich noch notwendig im Singular zu verstehen. Dem korrespondiert eine vielfaltsbezogene Ausweitungstendenz.

III. Konfliktszenarien

(7) Die Debatten über Vielfalt und Identität(en) sind politisch überformt. Daraus resultieren Überzeichnungen, reflexhafte Ablehnungen und Reflexionsdefizite.

(8) Dass in der Gleichheitsdogmatik immer noch mit „tatsächlichen oder „natürlichen“ Unterschieden argumentiert wird, steht in Spannung zu der gerade in der Geschlechterforschung herausgearbeiteten Einsicht in die soziale Konstruiertheit vieler solcher Differenzen.

(9) Aus dieser Einsicht folgen spezifische Begründungsdilemmata. Sie provoziert zudem in Verbindung mit der positiven Besetzung von Vielfalt die grundlegende Frage, ob es sinnvoll ist, an vorgeblicher Differenz ansetzende, damit aber vielfaltserzeugende Ungleichbehandlungen zu beseitigen.

(10) Vielfalt ist regelhaft hierarchisch geordnet. Damit kann auf sie nicht mit bloßer Differenzindifferenz reagiert werden. Es bedarf einer Differenzdifferenz, die die Konstruiertheit der gleichheits- wie der differenzbegründenden Merkmale reflektiert und Auswahlentscheidungen erläutert. Das gilt gerade angesichts der Einsicht, dass bestimmte Vielfaltskonstellationen weitgehend unbeachtet bleiben.

(11) Identitätsbildung erfolgt zunehmend im Raum des Digitalen. So entstehen neue „kulturüberwindende“ Zugehörigkeiten, die in bedenklicher Weise von privaten Quasimonopolisten abhängig sind.

(12) Der Prozess der sog. Singularisierung treibt die Vielfaltsvervielfältigung auf die Spitze. Hier wird Differenz zur neuen Normalität, Anderssein zum Standard. Damit verbunden sind indes neue Exklusionsmechanismen.

(13) Zusätzliche Brisanz folgt aus technischen Weiterentwicklungen. Unter den Bedingungen von „Big Data“ lassen sich über die Grenzen menschlicher Erkenntnis hinausgehende, immer präzisere Stratifizierungen vornehmen. Damit gehen erhebliche neue Wissensasymmetrien einher. Es drohen subtile Diskriminierungen auf Basis weder für den Einzelnen noch den Staat nachvollziehbarer Unterscheidungsparameter.

IV. Die (denkbare, wahrscheinliche) Pluralisierung des basalen genus proximum

(14) Das Durchbrechen der Speziesbarriere liegt im Fluchtpunkt der Diversitätsdebatte.

(15) Besonders naheliegend und dringlich erscheint es, über die gleichheitsrechtlichen Implikationen Künstlicher Intelligenz nachzudenken und namentlich deren mögliche, ggf. modifizierte Rechtssubjektivität zu erörtern. Als Zwischenlösung könnte eine stärkere Operationalisierung der

objektiv-verfassungsrechtliche Dimension des allgemeinen Gleichheitssatzes dienen.

V. Dynamisierung der Gleichheit und Stabilisierung der Vielfalt – demokratietheoretische Implikationen

(16) Nicht „Vielfaltserziehung“ sollte im Fokus des öffentlichen Rechts stehen, sondern der Versuch, im Sinne einer funktionalen Handhabbarkeit die vorhandene Vielfalt zu stabilisieren und zugleich die Gleichheitsdogmatik durch eine stärkere Fokussierung ihrer unhintergehbaren Normativität zu dynamisieren.

(17) Beide Aspekte sind nicht nur von rechtsstaatlichem, sondern auch von demokratischem Interesse. Die Beschäftigung mit Vielfalt und Gleichheit bietet insofern Anlass, über das gängige, einheits- und identitätsorientierte Legitimationsmodell neu nachzudenken.

(18) In der jüngeren Demokratietheorie vorfindliche, „postidentitäre“ und stärker differenzorientierte Sichtweisen können dazu beitragen, den beschriebenen „Verfaltungen“ von Gleichheit und Vielfalt und namentlich der Einsicht in ihre jeweilige soziale Konstruiertheit besser gerecht zu werden.

Erster Beratungsgegenstand:

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses

2. Referat von *Friederike Wapler*, Mainz

Inhalt

I. Einführung[1]

Als die Soulsängerin *Sharon Jones* in den 1970er Jahren eine Produktionsfirma für ihre Musik suchte, erklärte man ihr bei verschiedenen Gelegenheiten, sie sei für dieses Geschäft „zu klein, zu dick und zu schwarz" – später kam noch „zu alt" hinzu, nachdem sie die Schwelle von 25 Jahren überschritten hatte. Gut zwanzig Jahre später hatte sie sich dennoch einen Namen im Musikgeschäft gemacht und traf auf den jungen Produzenten und Musiker *Gabriel Roth*, der sie fragte, ob sie nicht zusammenarbeiten wollten. Da war es nun *Sharon Jones*, die dachte: „Was wird denn wohl dieser junge weiße jüdische Mann vom Soul verstehen?" Wenig später gründeten *Roth* und *Jones* die Band „The Dap-Kings" und arbeiteten viele Jahre höchst erfolgreich zusammen.[2]

Die Begebenheit zeigt, wie kontingent die Wahrnehmung von Ungleichheit und Fremdheit ist. Wer selbst aufgrund bestimmter Merkmale als „ungleich" und deswegen für irgendetwas nicht geeignet identifiziert wird, kann in anderen Kontexten mit anderen Menschen genau dasselbe tun. Die Gleichheitsdebatte ist keine Geschichte von Gut und Böse, jedenfalls keine

[1] Für die Diskussion dieses Textes in diversen Stadien seiner Entstehung und Hilfen bei der Erstellung der Druckfassung gilt mein herzlicher Dank Nadia Akarkach, Wibke Frey, Peter Füssel, Vannareth Hean, Michael Heinig, Friedhelm Hufen, Anna Katharina Mangold, Dietmar von der Pfordten, Theresa Richarz, Jutta Roitsch-Wittkowsky, Anja Schmidt, Daniela Schweigler, Niklas Spahr, Klaus Thommes, Harry Willekens sowie den Teilnehmerinnen und Teilnehmern meiner Forschungswerkstatt im August 2018.

[2] Vgl. den Song von *Sharon Jones* "I'm still here" mit Textzeile "too short, too fat, too black and too old"; Interview im Deutschlandfunk mit *Christian Lehner* (2010), <http://www.deutschlandfunk.de/sharon-jones-spaeter-ruhm-frueher-tod.807.de.html?dram:article_id=400811>; Dokumentation "Miss Sharon Jones!", 2015, abrufbar bei Netflix <https://www.netflix.com/de/title/80079428> (Stand 31.10.2018).

mit zeitlos festgelegten Rollen. Das Beispiel zeigt aber auch: Kategorisierungen, die im ersten Zugriff Hürden aufbauen, können überwunden werden, und das kann durchaus produktiv sein.

Gleichheit angesichts von Vielfalt ist ein facettenreiches Thema, zumal wenn der philosophische *und* der juristische Diskurs in den Blick genommen werden sollen. Die Leitfrage meiner Überlegungen lautet: Wie kann es gelingen und was kann das Recht dazu beitragen, dass sich die Menschen in einer vielfältigen Gesellschaft als Gleiche begegnen können? Hierzu werde ich drei Themenfelder ansprechen: Zunächst wird es um den Begriff und die Bedeutung von Gleichheit unter Bedingungen tatsächlicher sozialer Vielfalt gehen (II-IV), sodann um Ansprüche auf Gleichbehandlung im Verhältnis zu den Rechten auf Freiheit und Selbstbestimmung (V). Zuletzt frage ich noch kurz nach den Grenzen der Toleranz angesichts gesellschaftlicher Vielfalt (VI). Im Hintergrund scheint die übergreifende Frage nach einer gelingenden Integration der pluralistischen Gesellschaft auf, die sich angesichts der Ausdifferenzierung von Lebenswelten, einer zunehmenden Segregation gesellschaftlicher Milieus und wachsender Skepsis gegenüber demokratischer Problemlösungskompetenz aktuell nicht zum ersten Mal, aber durchaus mit neuer Schärfe stellt.

II. Gleichheit und Differenz als Mittel zur Ordnung von Vielfalt

Gleichheit ist nicht Identität:[3] Identisch sind die Brille, die ich im Gesicht trage und die Brille, die ich heute Morgen gesucht habe, denn es handelt sich um ein und denselben Gegenstand. Identisch nennen wir auch zwei Gegenstände, die in ihren Eigenschaften vollkommen übereinstimmen – also auch die Brille, die Sie in meinem Gesicht sehen und ein baugleiches Modell, das vielleicht eine von Ihnen trägt. Identisch kann auch die Behandlung zweier Menschen sein, etwa, wenn zwei von Ihnen mich besuchen und ich jedem von Ihnen einen Espresso zubereite.

Stimmen zwei Gegenstände nur im Hinblick auf einige Merkmale überein, dann sind sie in dieser Hinsicht gleich und ansonsten verschieden. Die

---

[3] *Harold Noonan/Ben Curtis* Identity in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2018; vgl. aus dem verfassungsrechtlichen Schrifttum *Stefan Huster* in: Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2018, Art. 3 Rn. 30 (2016); *Heike Krieger* in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Hans Hofmann/Hans-Günther Henneke (Hrsg.) GG, 14. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 24. Zu dem Begriff der personalen Identität im Sinne einer Übereinstimmung mit sich selbst siehe *Eric T. Olson* Personal Identity, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2017; *David Schoemaker* Personal Identity and Ethics, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015. Die Artikel der Stanford Encyclopedia sind online abrufbar unter <http://plato.stanford.edu/>.

Gleichheit, mit der wir es bei der Ordnung sozialer Verhältnisse zu tun bekommen, ist fast immer von dieser Art.[4] Sie ist, um es mit einem vielzitierten Wort *Radbruchs* zu sagen, „Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte“[5]. Solche Gleichheitsbetrachtungen finden immer „angesichts von Vielfalt“ statt. Sie sind ein Mittel, um Vielfalt zu ordnen und zu begreifen. Der Gegenbegriff zu Gleichheit ist darum nicht Vielfalt, sondern Ungleichheit (Differenz). Vielfalt[6] steht in einem Gegensatz zu Gleichförmigkeit, Einheitlichkeit beziehungsweise Homogenität oder auch Konformität.

---

[4] *Aristoteles* Nikomachische Ethik, übers. und hrsg. v. Ursula Wolf, 2006, 1131a15: „Das Gleiche enthält nun mindestens zwei Glieder.“

[5] *Gustav Radbruch* Rechtsphilosophie (1932), 5. Aufl. 1956, 170; siehe auch *Hans Kelsen* Was ist Gerechtigkeit? (1953), 2016, 31: „[…] dass die Gesellschaftsordnung in der Gewährung von Rechten und in der Auferlegung von Pflichten gewisse Unterschiede unberücksichtigt lasse. Nur gewisse, keineswegs alle Unterschiede!“ Zum Gleichheitsverständnis des Grundgesetzes *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 21; *Werner Heun* in: Horst Dreier (Hrsg.) GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 19, 24; *Ferdinand Wollenschläger* in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 44; *Sigrid Boysen* in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 51; *Paul Kirchhof* Allgemeiner Gleichheitssatz, in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 3; *Ernst Wolfgang Böckenförde* Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, 1957, 67 f.; *Konrad Hesse* Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52), 167 (172 ff.).

[6] Der rechtswissenschaftliche Sprachgebrauch ist heterogen, vgl. zu „Vielfalt“ *Anna Leisner-Egensperger* Vielfalt – ein Begriff des öffentlichen Rechts, 2004; *Susanne Baer* Wie viel Vielfalt garantiert/erträgt der Rechtsstaat?, RuP 2013, 90; *Jörg Ennuschat* Der Leitspruch für Europa: „In Vielfalt geeint“, in: Klaus Stern/Peter J. Tettinger (Hrsg.), Europäische Verfassung im Werden, 2006, 111 (113 ff.); *Armin von Bogdandy* Die Europäische Union und das Völkerrecht kultureller Vielfalt – Aspekte einer wunderbaren Freundschaft, in: BDGVR 43 (2008), 69 (72 ff.); zu „Diversity“ *Ulrike Lembke* Diversity als Rechtsbegriff, RW 2012, 46–76; *Heiner Bielefeldt* Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention. Essay Nr. 5 des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 3. Aufl. 2009; *Gunnar Folke Schuppert* Governance of Diversity. Zum Umgang mit kultureller und religiöser Pluralität in säkularen Gesellschaften, 2017; zu „Diversität“ *Frank Schorkopf* Staat und Diversität. Agonaler Pluralismus für die liberale Demokratie, 2017. In der politischen Philosophie wird auch der Ausdruck „Besonderheit“ verwendet, vgl. *Oliver Flügel-Martinsen/Franziska Martinsen* Politische Philosophie der Besonderheit. Normative Perspektiven in pluralistischen Gesellschaften, 2014. „Pluralismus“ wird einerseits deskriptiv als Beschreibung gesellschaftlicher Vielfalt verwendet, vgl. *John Rawls* Politischer Liberalismus, 1998, 106 f., im juristischen Kontext steht der Ausdruck häufiger für eine normative Anforderung an politische Ordnungen, vgl. *Peter Häberle* Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess – ein Pluralismuskonzept (1978), in: ders. Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl. 1998, 140 ff.; *Ernst Fraenkel* Möglichkeiten und Grenzen politischer Mitarbeit der Bürger in einer modernen parlamentarischen Demokratie (1966), in: ders., Deutschland und die westlichen Demokratien, hrsg. v. Alexander v. Brünneck, 1991, 261 ff.

III. Gleichheit in Freiheit

1. *Das „abstrakte Individuum" als Ausgangspunkt liberaler politischer Philosophie*

Eine Art der Gleichheit, die von nahezu allem Konkreten absieht, ist die allgemeine Status- oder Menschengleichheit. Die liberale Grundüberzeugung, alle Menschen seien „gleich und frei", abstrahiert radikal von faktischen Unterschieden[7] – eine Annahme, die in der politischen Philosophie mit dem Einwand kritisiert wird, das solcherart „abstrakte" Individuum sei eine realitätsferne Vorstellung. Man blende damit die tatsächliche Verbundenheit von Menschen aus, ihre Prägung durch Erziehung und Umweltbedingungen, ihre Abhängigkeit von Fürsorge, Solidarität, Freundschaft und Liebe.[8]

In der Tat wird der Mensch nicht als erwachsene Person mit einem unveränderlichen Bestand an Eigenschaften in sein Dasein geworfen, um dann fürderhin ein Leben als solitäre Monade[9] zu führen. Der Mensch kommt als existenziell von anderen abhängiges Wesen zur Welt. Er bildet seine Identität in Relation und in Abgrenzung zu anderen aus, im Wechselspiel zwischen der Selbstdefinition und der Konfrontation mit Fremdzuschreibungen und Erwartungen. Man muss gar nicht so weit gehen, die individuelle Identität als vollständig sozial konstruiert und fluid zu begreifen, sondern darf auf dem bestehen, was *Arendt* als das Moment der „Nata-

---

[7] Exemplarisch *John Locke* Über die Regierung (1690), übers. v. Dorothee Tidow, hrsg. v. Peter Meyer-Tasch, 1992, § 4: „Ist doch nichts offensichtlicher, als daß Lebewesen von gleicher Art und gleichem Rang, die unterschiedslos zum Genuß derselben Vorteile der Natur und zum Gebrauch der gleichen Fähigkeiten geboren sind, auch gleichgestellt leben sollen, ohne Unterordnung oder Unterwerfung […]."

[8] Vgl. mit kommunitaristischem Hintergrund *Michael Walzer* Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Freiheit und Gleichheit, 1994, 29; *Michael Sandel* Liberalism and the Limits of Justice, 1982; *Charles Taylor* Wie viel Gemeinschaft braucht die Demokratie?, 2001; aus der feministischen Philosophie *Allison Jaggar* Feminist Politics and Human Nature, 1983, 43; *Barbara Ruddick* Maternal Thinking, Feminist Studies 1980, 342–367; *Nel Noddings* Feminist Fears in Ethics, Journal of Social Philosophy 21 (1990), 31; *Carol Gilligan* Die andere Stimme. Lebenskonflikte und Moral der Frau, 1984, 200, 204; mit postmodernem und anerkennungstheoretischem Hintergrund *Flügel-Martinsen/Martinsen* (Fn. 6), 53; grundlegend zu anerkennungstheoretischen Ansätzen siehe *Nancy Fraser/Axel Honneth* Umverteilung oder Anerkennung?, 2003.

[9] Zu diesem hier untechnisch verwendeten Ausdruck *Edmund Husserl* Gesammelte Werke („Husserliana"), Bd. XV, Zur Phänomenologie der Intersubjektivität, Texte aus dem Nachlass dritter Teil (1929–1939), hrsg. v. Iso Kern, 1973/2008, 524; *Hans Georg Soeffner* Zwischen Selbstmythisierung und Entmythologisierung. Metamorphosen des abendländischen Ichs, in: Angelika Poferl/Norbert Schröer (Hrsg.) Wer oder was handelt? Zum Subjektverständnis der hermeneutischen Wissenssoziologie, 2014, 23 (31).

lität“ bezeichnet hat:[10] das Eigene, das jeder Mensch in diese Welt bringt und das die Welt verändert. Doch auch vor dieser Hintergrundannahme steht das Individuum im geistig-kulturellen Deutungshorizont seiner Zeit und kann sich nur in der Auseinandersetzung mit anderen entfalten.

Dennoch ist das Versprechen einer ursprünglichen Gleichheit, die tatsächliche Unterschiede ausblendet, nicht obsolet. Man darf die abstrakte Gleichheit nicht als Beschreibung eines gehaltvollen Menschenbildes verstehen.[11] Sie ist eine normative Setzung, die der wechselseitigen Anerkennung von Rechten dient.[12] Das Verhältnis der Menschen wird als ein *nicht-hierarchisches* konstruiert, in dem kein Individuum einem anderen von vornherein über- oder untergeordnet ist.[13] Daraus folgt ein reziproker Anspruch auf Achtung.[14] Auch Freiheit kann dann nur für alle gelten: Das Recht, sich frei zu entfalten, kann in einer nicht-hierarchischen Ausgangssituation nur für jeden Menschen gleichermaßen bestehen, und es findet seine Grenzen an dem Anspruch der anderen auf Achtung ihrer Würde und Freiheit.[15] Freiheit und Gleichheit sind darum keine Gegensätze.[16]

---

[10] *Hannah Arendt* Vita Activa (1958), 2016, 17 f., 215 f. und passim.

[11] Vgl. *Herta Nagl-Docekal* Gleichbehandlung und Anerkennung von Differenz: Kontroversielle Themen feministischer politischer Philosophie, in: dies./Herlinde Pauer-Studer (Hrsg.) Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, 1996, 9 (39); ausf. *Friederike Wapler* Im toten Winkel der Rechtsphilosophie? Der Liberalismus und die Autonomie der Frau, ARSP-Beiheft 134, 2012, 79–99, und *dies.* Die Frau ist frei geboren. Feministische Perspektiven in der Rechts- und Sozialphilosophie, ZRPhil 2016, 115–132.

[12] *Rawls* Politischer Liberalismus (Fn. 6), 83 f.; *Joel Anderson/Axel Honneth* Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice, in: John Christman/Joel Anderson (Hrsg.) Autonomy and the Challenges to Liberalism. New Essays, 2005, 139; *Matthias Mahlmann* Die Ethik des Gleichbehandlungsrechts, in: ders./Beate Rudolf (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht. Handbuch, 2007, § 1 Rn. 8.

[13] Vgl. *Locke* Über die Regierung (Fn. 7), § 54.

[14] Zu dem Gedanken der Reziprozität *Immanuel Kant* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (2. Aufl. 1786), Akademieausgabe Bd. IV, 1911, 428 f.; s.a. *Mahlmann* Gleichbehandlungsrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 8; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 18. Im Grundgesetz findet sich dieser Anspruch in der Garantie der Menschenwürde, vgl. *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 38; *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 1.

[15] Vgl. *Kant* Grundlegung (Fn. 14), 433 ff.; *ders.* Metaphysik der Sitten (1797/1798), Werkausgabe VIII, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, 1977, A 167 f., B 197 f.; zum Gedanken gleicher Freiheit s.a. *John Stuart Mill* On Liberty (1859), hrsg. v. Jerome Schneewind, 2002, 11; zur „Idee der freien Selbstbestimmung aller“ im Grundgesetz BVerfGE 44, 125 (142); s.a. *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 24 Rn. 37, 41.

[16] *Michael Grünberger* Personale Gleichheit, 2013, 912; *Mahlmann* Gleichbehandlungsrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 16; *Michael Stolleis* Historische und Ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.) Gleichheit und Nichtdiskriminierung, 2003, 7 (15).

Jede Theorie, die Freiheit für alle Menschen zum Ausgangspunkt nimmt, begreift sie als gleich in Status und Rang und ist in diesem Sinne egalitär.[17]

2. Die Unvermeidlichkeit sozialer Vielfalt und widerstreitender Interessen

Mit der Anerkennung ursprünglicher Gleichheit und der daraus folgenden Freiheit verändert sich auch die Bedeutung sozialer Vielfalt. Soziale Vielfalt ist kein neues Phänomen. Schon *Platon* macht die unterschiedlichen Neigungen, Begabungen, Interessen und Fähigkeiten der Menschen zum Ausgangspunkt seiner politischen Philosophie, wenn er in der *Politeia* die arbeitsteilige Stadt als Modell für die Gerechtigkeit heranzieht.[18] *Platon* bekommt mit der sozialen Vielfalt aber noch keine grundsätzlichen Probleme. Für ihn sortiert sie sich übersichtlich und harmonisch in drei gesellschaftliche Stände mit je unterschiedlichen Aufgaben, Rechten und Pflichten. Gerechte Verhältnisse bestehen dann, wenn nur jeder den ihm gemäßen Platz einzunehmen bereit ist und der Gesellschaft von dort aus „das Seine" gibt.[19]

Der Rückgriff auf derartig fremdbestimmte Ordnungen wird mit der Anerkennung gleicher Freiheit prekär. Die Freiheit gibt dem Individuum auch das Recht, aus vorgegebenen Sinndeutungen und Identifikationsmustern auszubrechen – zum Beispiel den Soul auch dann als Berufung zu entdecken, wenn man damit das gerade aktuelle Normalitätsschema sprengt und sozusagen „nicht ins Bild passt".[20]

Die abstrakte Gleichheit, die zu gleichem Freiheitsgebrauch ermächtigt, führt zwangsläufig zu konflikthafter sozialer Vielfalt, weil die Menschen unterschiedliche Lebenspläne verfolgen.[21] Gleiche Freiheit erzeugt auch soziale Ungleichheit, weil die Menschen mit verschiedenen Neigungen, Begabungen, Interessen und Fähigkeiten ausgestattet sind und Ressourcen unterschiedlich nutzen.[22] Der universelle Gleichheitsanspruch und

---

[17] Vgl. allgemein zu diesem auch als „normativ-individualistisch" bezeichneten Grundgedanken normativer Ethik und politischer Philosophie *Dietmar von der Pfordten* Normative Ethik, 2010, 46 ff.; s.a. *Mahlmann* Gleichbehandlungsrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 8–10.

[18] *Platon* Politeia, übers. v. Friedrich Schleiermacher, Sämtliche Werke II, hrsg. v. Ursula Wolf, 1993, 368e ff.

[19] *Platon* (Fn. 18), 433b.

[20] Vgl. *Susanne Baer* Recht auf Vielfalt, in: Eszter Belinszki/Katrin Hansen/Ursula Müller (Hrsg.), Diversity Management, 2003, 104 (114 f.).

[21] Vgl. z.B. *Hannah Arendt* Was ist Politik?, 2003, 9: „Politik beruht auf der Tatsache der Pluralität von Menschen." Bezogen auf Art. 3 GG *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 74.

[22] *Martin Morlok/Sven Jürgensen* Faktische Chancengleichheit – insbesondere im Recht der politischen Parteien, JZ 2018, 696.

die Besonderheiten, die individueller Freiheitsgebrauch ermöglicht und erzeugt, geraten so in ein Spannungsverhältnis. Das *platonische* Modell der „edlen Lüge“, das die Menschen mit sanfter Manipulation in vorbestimmte Lebensbahnen lenkt,[23] ist mit individueller Freiheit nicht zu vereinbaren. Der *Nozicksche* Minimalstaat aber, der im Namen der Freiheit auf nahezu jeden Ausgleich in der Ressourcenverteilung verzichtet,[24] verkennt die Unfreiheit, die extreme soziale Ungleichheit erzeugt. Dieses Spannungsfeld lässt sich nicht in die eine oder andere Richtung auflösen, sondern kann nur verhandelt und ausgestaltet werden.

3. Gleichheit vor dem Gesetz

Die Statusgleichheit verlangt nach allgemeinen Gesetzen, die für alle Mitglieder der politischen Gemeinschaft gleichermaßen gelten.[25] Die Gleichheit vor dem Gesetz ist ein Werkzeug gesellschaftlicher Integration, indem – und soweit[26] – sie formal alle Menschen in die Gruppe der Freien und Gleichen einbezieht. Die formale Gleichheit macht rechtliche und tatsächliche Ungleichbehandlungen nicht unzulässig, doch werden sie vor dem Gleichheitsanspruch rechtfertigungsbedürftig.[27] Gleichheit wird so zu einem Instrument der Kritik: Wer ungleich behandelt wird und dies als ungerecht begreift, darf von der politischen Gemeinschaft eine sachliche Begründung erwarten. Das liberale Gleichheitsversprechen erlaubt also, tradierte Strukturen in Frage zu stellen und normative Leitbilder herauszufordern.[28]

---

[23] *Platon* Politeia (Fn. 18), 414b–415c.

[24] *Robert Nozick* Anarchy, State, and Utopia, 1974.

[25] *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 18; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 3 m.w.N.; *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181, Rn. 2; *ders.* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.) GG, 83. EL April 2018, Art. 3 Rn. 92 (2015); *Gregor Kirchhof* Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, 114 ff., 362 ff.

[26] Die formale Gleichheit aller Menschen ist historisch nicht selbstverständlich, sondern musste erkämpft werden, siehe allg. *Stolleis* Gleichheitssatz (Fn. 16), und exemplarisch für die Rechte der Frauen *Wapler* Die Frau ist frei geboren (Fn. 11), 116 ff., 126 ff.

[27] Vgl. schon *Locke* Über die Regierung (Fn. 7) § 8; aus der verfassungsrechtlichen Debatte um Gleichheitsrechte *Anna Katharina Mangold* Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der Begegnung von Freien und Gleichen, i.E., 133 (zit. n. Manuskript); *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 3 und Fn. 71; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 18, 32; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 76; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 2.

[28] *Susanne Baer/Nora Markard* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 556; siehe auch schon *Reinhold Zippelius* Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), 7 (21): „Der Grundsatz, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, bringt eine Polarität zum Ausdruck, verleiht dem Recht gewissermaßen die innere Unruhe, fortwährend zu prüfen, in welchen Hinsichten und in

IV. Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln

Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, ist ein klassischer Grundsatz der Gerechtigkeitstheorie[29] und Ausgangspunkt auch der Dogmatik der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze.[30] *Erich Kaufmann* konnte daher in seinem Referat auf der Tagung in Münster im Jahr 1926 die Gleichheitsrechte der Weimarer Reichsverfassung (Art. 109 WRV) nahezu ohne jeden Umweg als naturrechtliche Gebote der Gerechtigkeit bezeichnen – was allerdings schon damals nicht unwidersprochen blieb, weil auch *Hans Kelsen* anwesend war.[31] Ich teile *Kelsens* Überzeugung, wonach philosophische und rechtswissenschaftliche Überlegungen methodisch zu trennen sind. Die Philosophie untersucht die Begriffe, Normen und Argumente des Rechts und der Rechtswissenschaft auf ihre Schlüssigkeit und fragt nach ihrer ethischen Rechtfertigung.[32] Sie fügt der internen Perspektive

welcher Konkretion Ungleichheiten zu beachten sind und in welcher Abstraktion von ihnen abzusehen ist."

[29] Siehe nur *Aristoteles* Nikomachische Ethik (Fn. 4), 1131a15–20: „Also muss das Gerechte in wenigstens vier Gliedern liegen. Denn die Personen, für die das Gerechte ist, sind zwei, und die Sachen, in denen es sich zeigt, sind ebenfalls zwei. Weiterhin wird dieselbe Gleichheit zwischen den Personen und den Sachen bestehen, die beteiligt sind. Wie sich diese zueinander verhalten, die Sachen, so auch jene, die Personen. Wenn diese nicht gleich sind, werden sie nicht gleiche Anteile haben – und hier haben die Streitigkeiten und Anklagen ihren Ursprung, wenn Gleiche ungleiche Anteile oder Ungleiche gleiche Anteile haben und zugeteilt bekommen."

[30] Vollkommen unumstritten, daher hier nur exemplarisch BVerfGE 116, 164 (180); 122, 210 (230); *Lerke Osterloh/Angelika Nußberger* in: Michael Sachs (Hrsg.) GG, 8. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 13; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 22.

[31] *Erich Kaufmann* Die Gleichheit vor dem Gesetz i.S.d. Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), 2 (3, 10 ff.); Kritik bei *Kelsen* Wortmeldung in VVDStRL 3 (1927), 54 f.: „Die Frage, auf die das Naturrecht zielt, ist die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt. Und wer die Antwort sucht, der findet, fürchte ich, nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik, noch die absolute Gerechtigkeit eines Naturrechts. Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen." Ohne den naturrechtlichen Bezug findet sich die Verbindung von Gleichheit und Gerechtigkeit auch bei *Zippelius* VVDStRL 47 (Fn. 28), 23; siehe auch die Wortmeldung von *Böckenförde* in VVDStRL 47 (1989), 95 f. Zur naturrechtlichen Begründung der Gleichheitssätze in den Anfängen der Rechtsprechung des BVerfG vgl. BVerfGE 1, 264 (275 f.); BVerfGE 48, 346 (357); 74, 182 (200); 83, 89 (107 f.); 86, 81 (87); 93, 386 (397); 106, 225 (240); 115, 381 (389). Krit. hierzu schon *Friedhelm Hufen* Gleichheitssatz und Bildungsplanung. Zum Funktionswandel der Grundrechte im modernen Sozialstaat, 1975, 95 ff.

[32] *Dietmar von der Pfordten* Rechtsethik, 2. Aufl. 2011, 99; *Friederike Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, 2015, 493 f. Zur Notwendigkeit, aber auch Schwierigkeit, verfassungsrechtliche und philosophische Gleichheitsüberlegungen methodisch zu trennen, vgl. *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 32; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 1.

des Rechts eine externe Ebene der Rechtfertigung und Kritik hinzu. Diese Begrenzung philosophischer Deutungsmacht ist für unser heutiges Thema insofern wichtig, als das Postulat, Gleiches gleich zu behandeln, ein Maßstab ohne Inhalt ist. Gleiches kann nur dann gleich behandelt werden, wenn erstens auf der deskriptiven Ebene feststeht, was gleich und was ungleich ist, und zweitens Einigkeit darüber besteht, welche normative Relevanz den festgestellten Gemeinsamkeiten und Unterschieden zukommt.[33] Man kann Gleichheit als Grundsatz der Gerechtigkeit darum mit *Radbruch* höflich als „formale“[34] Forderung bezeichnen oder mit *Kelsen* als „leere Formel“[35] abwerten, jedenfalls aber kommen wir nicht umhin, uns über seine Konkretisierung immer wieder auseinanderzusetzen (und darin sind sich auch *Radbruch* und *Kelsen* letztlich einig).[36]

1. Gleichheits- und Ungleichheitsurteile

Wie erwähnt, beruht das Gleichheitsurteil auf einem Vergleich, der Übereinstimmung nur hinsichtlich bestimmter Merkmale feststellt. Ein Mensch wird etwa als Kind angesehen, wenn er ein bestimmtes Alter noch nicht erreicht hat, während seine Hautfarbe, der Klang seiner Stimme und sein Geschlecht für diese Einordnung unerheblich sind. Der Klang seiner Stimme und sein Geschlecht können aber wesentlich sein, wenn das Kind in einem Knaben- oder Mädchenchor singen möchte. Die Auswahl der normativ relevanten Merkmale richtet sich nach dem Zweck des Vergleichs. Mit dem Vergleich wird die reale Vielfalt nach bestimmten Zwecken kategorisiert.[37]

---

[33] *Ute Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl., 1996, 150; *Lembke* Diversity (Fn. 6), 59; *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 5), Art. 3 Rn. 44, 46, 83; *Hesse* Gleichheitsgrundsatz (Fn. 5), 173 f.; BVerfGE 6, 273 (280 f.); *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 25; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 33.

[34] *Radbruch* Rechtsphilosophie (Fn. 5), 169.

[35] *Kelsen*, Gerechtigkeit (Fn. 5), 32.

[36] *Radbruch* Rechtsphilosophie (Fn. 5), 173; *Kelsen* Gerechtigkeit (Fn. 5), 32. Zur Bedeutung einer rechtsethischen Orientierung (nicht jedoch Determinierung) des Rechts und der Rechtswissenschaft in Gleichheitsfragen vgl. *Mahlmann* Gleichbehandlungsrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 4.

[37] Das wertende Moment in diesem Auswahlprozess wird in der Gleichheitsrechtsdogmatik unterschiedlich eingeordnet, siehe v.a. seine Betonung bei *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 5), Art. 3 Rn. 44, 46 sowie 90 m.w.N. aus der Judikatur des EuGH; *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 3; *Heun* in Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 25; *Uwe Kischel* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) GG, 37. Ed. Stand 15.05.2018, Art. 3 Rn. 18; anders wohl *Simon Kempny/Philipp Reimer* Die Gleichheitssätze, 2012, 40 ff.

Kategorisierungen können spontan anhand konkreter und aktueller Umstände und Interessenlagen erfolgen oder aber sich entlang historisch gewachsener Wahrnehmungen entwickeln.[38] Je tiefer Lebensverhältnisse strukturell in die politische und soziale Ordnung eingelassen sind, desto stärker werden sie als „natürlich“ oder aus anderen Gründen unabänderlich angesehen und verteidigt. *Aristoteles* rechtfertigte die Sklaverei mit dem Hinweis, manche Menschen seien zum Dienen geboren, das sei ihre Natur.[39] *Locke* erklärte die Herrschaft des Mannes im Privathaushalt damit, einer müsse im Konfliktfall nun einmal das letzte Wort haben, und dies sei naturgemäß der Mann als der „Fähigere und Stärkere“[40] der beiden Geschlechter. Und wenn das Kind aus meinem Beispiel nicht im Chor singen, sondern bei der Bundestagswahl wählen wollte, würden viele ihm wohl entgegenhalten, es solle erst einmal erwachsen werden.

Die Naturalisierung von Unterschieden, die auch als Essentialisierung bezeichnet wird, entzieht die Ungleichbehandlung der Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung, weil diese auf der Hand zu liegen scheint.[41] Jedoch spiegeln historisch gewachsene Anschauungen auch gesellschaftliche Machtverhältnisse wider. Hinter einer alternativlos erscheinenden Ordnung können sich historisch bedingte Privilegien, unhinterfragte Normalitätsvorstellungen, Stereotype und andere „blinde Flecken“ der Wahrnehmung verbergen.[42] Wenn tradierte Sichtweisen und kulturelle Gewohnheiten unsere Erkenntnis der Welt beeinflussen, so bedeutet dies auch, die reale Vielfalt in hierarchische Strukturen zu bringen, in denen manche Interessen stärker repräsentiert werden und sichtbarer sind als andere.[43]

---

[38] Allg. zur Kultur- und Kontextabhängigkeit von Gleichheitsurteilen *Flügel-Martinsen/Martinsen* Politische Philosophie (Fn. 6), 159, 161; für rechtliche Beurteilungen von Gleichheit/Ungleichheit *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 8, 22; zur Prägung der Wahrnehmung gesellschaftlicher Verhältnisse durch unhinterfragte soziale Praktiken s. a. *Pierre Bourdieu* Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft (1979), 3. Aufl. 1989, 277 f. und passim.

[39] *Aristoteles* Politik, übers. v. Eugen Rolfes, 1990, 1254a, b.

[40] *Locke* Über die Regierung (Fn. 7), § 82.

[41] Vgl. *Flügel-Martinsen/Martinsen* Politische Philosophie (Fn. 6), 61; aus verfassungsrechtlicher Perspektive *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 387; ähnlich *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 2.

[42] *Iris Marion Young* Fünf Formen der Unterdrückung, in: Herta Nagl-Docekal/Herlinde Pauer-Studer (Hrsg.) Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, 1996, 99 (102); *Flügel-Martinsen/Martinsen* Politische Philosophie (Fn. 6), 76 f.; rechtstheoretisch *Daniela Schweigler* Leitbilder im Recht, ARSP 2018, 362; verfassungsrechtlich *Gabriele Britz* Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung. Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung, 2008, 197.

[43] Die Bedeutung ungleicher Macht für die Bildung gesellschaftlicher Kategorien hat schon die sog. erste deutsche Frauenbewegung thematisiert, vgl. *Hedwig Dohm* Der Jesuitismus im Hausstande, 1873, 166: „Für mich liegt der Anfang alles wahrhaften Fortschritts

2. *Die Bedeutung des Rechts für Gleichheits- und Ungleichheitsrelationen: Stabilisierung und Kritik*

Stereotype Vorstellungen entstehen und verbreiten sich auch ohne Mitwirkung des Rechts, wie mein Eingangsbeispiel zeigt: Es gibt keine Rechtsnorm, die ein musikalisches Genre nur Menschen mit bestimmten Merkmalen vorbehält. Jedoch spielt das Recht eine wichtige Rolle, wenn es darum geht, gesellschaftliche Kategorien zu begründen, zu verfestigen und aufrecht zu erhalten. Das Recht generalisiert, das gehört zu seinen notwendigen Merkmalen, und es greift dabei gesellschaftliche Normalitätsvorstellungen auf. Damit gibt es ihnen Stabilität oft auch gegenüber gesellschaftlichem Wandel und Protest.

Gleichzeitig bietet das Recht mit den Gleichheitssätzen und dem allgemeinen Anspruch gleicher Freiheit einen Mechanismus der Kritik:[44] Das erwähnte „Kind", das wählen möchte, ist vielleicht eine Jugendliche von 17 Jahren und möglicherweise politisch besser informiert und verständiger als der durchschnittlich desinteressierte Erwachsene. Sie findet in Art. 38 Abs. 2 GG eine Verfassungsnorm vor, die das Wahlalter auf 18 Jahre festlegt und sie also vom Wahlrecht ausschließt. Hält sie dies für ungerecht, bietet ihr das liberale Gleichheitsversprechen einen Ansatzpunkt, nach einer Rechtfertigung für diese Norm zu fragen und Argumente für eine Änderung vorzutragen.

a) *Die kritisch-reflexive Funktion der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze*

Geht es nicht um eine Verfassungsnorm wie den Art. 38 Abs. 2, sondern um Ungleichbehandlungen im einfachen Recht, so dienen insbesondere die verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze als eine solche Gelegenheit zur

---

auf dem Gebiet der Frauenfrage im Stimmrecht der Frauen. Die Gesetze, an denen sie am meisten interessiert sind, sind gegen sie, weil ohne sie." Siehe auch *Catharine MacKinnon* Geschlechtergleichheit: Über Differenz und Herrschaft, in: Herta Nagl-Docekal/Herlinde Pauer-Studer (Hrsg.) Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, 1996, 140 (147): „Differenz ist der Samthandschuh auf der eisernen Faust der Herrschaft."; *Iris Marion* Young Justice and the Politics of Difference, 1990, 59; aus postmoderner bzw. poststrukturalistischer Perspektive *Michel Foucault* Überwachen und Strafen (1975), 250; *ders.* Sexualität und Wahrheit I. Der Wille zum Wissen, 1977; *Judith Butler* Psyche der Macht. Das Subjekt der Unterwerfung, 2001, 11 ff. und passim. Zur Bedeutung dieser Zusammenhänge für die Dogmatik der Gleichheitsrechte vgl. *Sacksofsky* Gleichberechtigung (Fn. 33), 360 ff.; *Susanne Baer* Würde oder Gleichheit, 1995. Vgl. auch *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 352, sowie *Zippelius* VVDStRL 47 (Fn. 28), 11.

[44] *Grünberger* Personale Gleichheit (Fn. 16), 921 f., 1040 und passim; *Stefan Rixen* Gestaltung des demographischen Wandels als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 74 (2015), 293 (338).

Reflexion und Veränderung kultur- und kontextabhängiger Gleichheitsurteile.[45] Vor allem die besonderen Diskriminierungsverbote richten sich gegen stereotype Fremdzuschreibungen, weil – und soweit – sie Menschen in ihren Handlungs- und Entfaltungsmöglichkeiten beschneiden.[46] Damit dienen sie keiner als intrinsisch wertvoll verstandenen Gleichheit um der Gleichheit willen, sondern wechselseitiger Achtung und gleichberechtigtem Freiheitsgebrauch.[47]

Normative Gleichheits- und Ungleichheitsurteile nötigen die Rechtswissenschaft zu einem kritisch-reflexiven Blick auf etablierte Rechtfertigungsstrategien. Das heißt konkret: Auf der Suche nach der Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung reicht es nicht aus, auf die Sachgesetzlichkeit oder immanente Ordnung der betroffenen Lebensbereiche zu verweisen, wie es in der Auslegung des Art. 3 häufig geschieht.[48] Die Rechtswissen-

---

[45] Zur grundsätzlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit von Ungleichbehandlungen als Ausgangspunkt auch der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze vgl. BVerfGE 133, 1 (13 Rn. 44), st. Rspr.; *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27), 133; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 36; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 2; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 32.

[46] Vgl. die Bezeichnung der Diskriminierungsverbote als „Bilderverbote“ bei *Rixen* VVDStRL 74 (Fn. 44), 338; als „normative Festlegung unzulässiger Fremdbilder“ bei *Britz* Einzelfallgerechtigkeit (Fn. 42), 195 f.; zur freiheitsbeschränkenden Wirkung stereotyper Fremdzuschreibungen und Rollenerwartungen vgl. *Britz* Einzelfallgerechtigkeit (Fn. 42), 197; zum Zusammenhang von Diskriminierungsverboten und gesellschaftlichen Dominanzstrukturen *Iris Marion Young* Inclusion and Democracy, 2000, 23; *Ute Sacksofsky* in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.) GG. Mitarbeiterkommentar, 2002, Art. 3 Rn. 332–334; zur Diskriminierung als unzulässiger Hierarchisierung *Baer* Würde oder Gleichheit (Fn. 43), 235. Nach wie vor instruktiv zur Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers *Beatrice Weber-Dürler* Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung. Eine Untersuchung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, 1973, 190 f.

[47] *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 355: „[…] keine ‚Gleichmacherei‘, sondern Gleichheit in Freiheit“; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 38; *Britz* Einzelfallgerechtigkeit (Fn. 42), 182; *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 7; *Doris König/Anne Peters* in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.) EMRK, GG, 2006, Kap. 21 Rn. 51; *Mahlmann* Gleichbehandlungsrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 17; in der Sache ebenso, jedoch kritisch gegenüber dem gegenwärtigen Gleichheitsdiskurs *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 11.

[48] Vgl. aus der früheren Rechtsprechung BVerfGE 1, 14 (52): „sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund“; siehe auch die langjährige Rechtfertigung geschlechterdifferenter Normen mit Verweis auf „objektive biologische oder funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede“: BVerfGE 3, 225 (242); BVerfGE 10, 59, (74); BVerfGE 15, 337 (343); BVerfGE 39, 169 (185); BVerfGE 48, 327 (337); BVerfGE 52, 369 (374). Aus dem heutigen Schrifttum vgl. *Kirchhof* in: HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 193: „[der] Wirklichkeit innewohnende Ordnung“ sowie Rn. 173: „nach Erfordernissen des jeweiligen Sachbereichs“, sowie den Rekurs auf „objektive Ungleichheiten“ bei *Kempny/Reimer* Die Gleichheitssätze (Fn. 37), 114.

schaft muss bereit und in der Lage sein, die hinter den Normen stehenden Selbstverständlichkeiten in Frage zu stellen und das eigene Vorverständnis kritisch zu reflektieren.[49] Hilfreich ist dabei, die subjektive Perspektive der Betroffenen als *der eigenen gleichwertig* zur Kenntnis zu nehmen[50] und rechtstatsächliche Erkenntnisse zu würdigen.[51] Die Anwendung des Rechts darf dessen faktische Wirkungen nicht ignorieren. Wir kennen solche Kontroversen um die Deutung sozialer Lebensverhältnisse aus jüngerer Zeit aus dem Eherecht, den Debatten um den personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag und auch aus meinem Beispiel des Wahlalters. Als kritisch-reflexive Grundsätze verstanden, bieten die Gleichheitssätze einen rechtlichen Ansatzpunkt dafür, solche umkämpften Ungleichbehandlungen einem rationalen Diskussionsprozess zugänglich zu machen.[52]

b) Formale und materiale Gleichheit: zur Legitimität positiver Förderung

Das formal gleichbehandelnde Recht trifft auf eine ungleiche Wirklichkeit; es kann tatsächliche Ungleichheit erzeugen oder verfestigen.[53] Die Gleichheitssätze verbieten nicht, Menschen oder soziale Gruppen gegenüber anderen positiv zu fördern, sie also mit dem Ziel ungleich zu behan-

---

[49] *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 358, 421 und passim; *Lembke* Diversity (Fn. 6), 60. Aus der Rechtsprechung vgl. BVerfG NJW 2012, 214 (216); EuGH, 11.11.1997, Az. C-409/95 (Marschall), Rn. 29–31; siehe auch Art. 5 CEDAW. Allg. zur Verstricktheit der Rechtsinterpreten in die Praxis *Andreas Funke* Grenzen der rechtstheoretischen Aufklärung der Staatsrechtslehre, Der Staat 57 (2018), 267 (296).

[50] Vgl. zur Bedeutung der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote für gesellschaftliche Minderheiten *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 42; zu systematischer Diskriminierung ebd., Rn. 12.

[51] Zu Beobachtungspflichten des Gesetzgebers vgl. BVerfGE 84, 348 (359 f.); 87, 234 (255 f.); 96, 1 (6); 126, 268 (277 f.); 137, 350 (375 f. Rn. 66 f.); zu statistischen Prognosen und dem in ihnen liegenden Diskriminierungspotenzial *Britz* Einzelfallgerechtigkeit (Fn. 42), 174; allg. BVerfGE 100, 59 (101); 68, 155 (174 f.); 103, 242 (267) sowie *Sacksofsky* Gleichberechtigung (Fn. 33), 352; *Baer* Würde oder Gleichheit (Fn. 43), 235; *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 5), Art. 3 Rn. 207; *Susanne Baer* Rechtssoziologie, 3. Aufl. 2017, 39, 67 ff.; für die Bildungsplanung bereits *Hufen* Gleichheitssatz (Fn. 31), 89 ff.

[52] *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27), 21, 133; *Stolleis* Gleichheitssatz (Fn. 16), 21; *Grünberger* Personale Gleichheit (Fn. 16), 738 f.; zu dem entsprechenden Problem in § 3 AGG *ders.* Das „generische Maskulinum" vor Gericht, JZ 2018, 719 (722). Zu den methodischen Konsequenzen eines Verständnisses der Rechtswissenschaft als argumentativ „auf den Austausch von Gründen" gerichtet *Funke* Grenzen (Fn. 49), 283 und passim.

[53] BVerfGE 49, 148 (165); 85, 191 (206 f.); aus der neueren Rechtsprechung BVerfG JZ 2018, 351, Rn. 60; *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 401, 418 ff.; *Grünberger* Das „generische Maskulinum" (Fn. 52), 721.

deln, *materiale Gleichheit* herzustellen.[54] Materiale Gleichheit meint hier nicht die *tatsächliche Gleichstellung* in irgendeiner Hinsicht, also die gleiche Versorgung mit Gütern, sondern die Durchsetzung der rechtlichen Gleichheit.[55] Um es mit *Dworkin* zu sagen: „Es besteht ein Unterschied, ob man Menschen hinsichtlich irgendeines Gutes oder einer Chance gleichbehandelt oder ob man sie als Gleiche behandelt."[56] Menschen als Gleiche zu behandeln bedeutet, ihre Belange als gleichberechtigt mit denen anderer zu berücksichtigen.[57] Ob sie dafür identisch behandelt werden müssen, folgt daraus nicht zwingend. Im Gegenteil: Sollen sich Menschen „als Gleiche" begegnen können, müssen sie bei ungleichen Ausgangsbedingungen unter Umständen ungleich behandelt werden.[58] Damit eine Schülerin, die sich im Rollstuhl fortbewegt, die Freitreppe vor einer öffentlichen Schule überwinden kann, muss ihr eine Rampe gebaut werden. Sie wird ungleich behandelt, damit sie die gleiche Wahl wie andere hat, in diese Schule zu gehen. Solche und andere sozialpolitische Ziele können ein sachlicher Grund sein, der Ungleichbehandlungen rechtfertigt.[59]

---

[54] BVerfGE 97, 332 (347 f.); 104, 373 (393); 113, 1 (15); *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 362, 401, 418 ff.; *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 35; *Wolfgang Rüfner* in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum GG II, 182. Akt. 2018, Art. 3 Rn. 54; *König/Peters* (Fn. 47), Kap. 21 Rn. 75 ff.; ausf. *Baer* Würde oder Gleichheit (Fn. 43), 235 ff.

[55] Die in diesem Zusammenhang verbreiteten Ausdrücke „materielle", „faktische" oder „substanzielle" Gleichheit werden uneinheitlich verwendet. Sie können sich sowohl auf die tatsächliche Übereinstimmung im Hinblick auf bestimmte Güter oder Merkmale oder aber auf die Ermöglichung gleichen Freiheitsgebrauchs beziehen. Zum Begriff der materialen Gleichheit, wie ich ihn hier verstehe, vgl. *Sacksofsky* Gleichberechtigung (Fn. 33), 351; *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27), 134 ff., sowie *dies.* Mehrdimensionale Diskriminierung. Potentiale eines materialen Gleichheitsverständnisses, ZRPhil 2016, 152 (161 f.); *Julia Zinsmeister* Gleichheit – Gerechtigkeit – Inklusion. Die Bildung in der Waagschale der Justitia, in: Markus Ottersbach/Andrea Platte (Hrsg.) Soziale Ungleichheiten als Herausforderung für inklusive Bildung, 2016, 79 (81); siehe auch *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 67; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 49.

[56] *Ronald Dworkin* Was ist Gleichheit?, 2011, 7; aus verfassungsrechtlicher Perspektive *Morlok/Jürgensen* (Fn. 22), 696.

[57] *Von der Pfordten* Normative Ethik (Fn. 17), 46 ff. („Prinzip der grundsätzlichen Gleichberücksichtigung").

[58] *Herlinde Pauer-Studer* Geschlechtergerechtigkeit: Gleichheit und Lebensqualität, in: dies./Herta Nagl-Docekal (Hrsg.) Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, 1996, 54 (66); *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 423; *Zippelius* VVDStRL 47 (Fn. 28), 15.

[59] *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 67, 69; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 120.

V. Die Realisierung gleicher Freiheit

Damit ist aber noch nichts dazu gesagt, was Menschen konkret beanspruchen dürfen oder was eine politische Gemeinschaft ihren Mitgliedern schuldet, damit diese sich als Freie und Gleiche begegnen können. Schon *Aristoteles* hat die Frage nach Kriterien für die gerechte Güterverteilung gestellt und letztlich nicht beantwortet. Güterverteilung richte sich nach dem Maßstab der „Würdigkeit", schreibt er in der Nikomachischen Ethik. Was aber darunter zu verstehen sei, werde von den Menschen unterschiedlich beantwortet.[60] Daran hat sich wenig geändert. Bis heute ist die gerechte Verteilung von Gütern oder Ressourcen einer der zentralen und kontroversen Gegenstände philosophischer Gerechtigkeitsüberlegungen.[61] Was bedeutet das aber für das Recht?

1. Verfassungsrechtliche Gestaltungsspielräume

Das Grundgesetz hebt den Gedanken der sozialen Gerechtigkeit im Sozialstaatsprinzip in den Rang eines Verfassungsgrundsatzes,[62] sagt jedoch wenig darüber aus, nach welchen Kriterien welche Güter konkret verteilt werden sollen. Unklar ist schon, ob das Sozialstaatsprinzip eine Politik mit dem Ziel der sozialen Gerechtigkeit *einfordert* oder lediglich *ermöglicht*.[63] Nicht eindeutig beantworten lässt sich auch die Frage, ob das Grundgesetz oberhalb der basalen Statusgleichheit eher egalitären oder non-egalitären Verteilungsgrundsätzen das Wort redet. Ebenso

---

[60] *Aristoteles* Nikomachische Ethik (Fn. 4), 1131a25–30: „Denn alle stimmen darin überein, dass das Gerechte bei Verteilungen einer Art von Würdigkeit entsprechen muss, doch nennen nicht alle dieselbe Art von Würdigkeit, sondern die Demokraten nennen den Status des freien Menschen, die Oligarchen den Reichtum, manche auch die adlige Abstammung, die Aristokraten die Gutheit des Charakters."

[61] Vgl. nur die Zusammenfassungen bei *Dworkin* (Fn. 56), 9 ff. sowie *Amartya Sen* Inequality Reexamined, 1992, 12 ff.

[62] Zur Einordnung des Sozialstaatsprinzips als verbindlicher Rechtssatz (keine reine Programmnorm) BVerfGE 1, 97 (105).

[63] Häufig ist von einer vage gefassten staatlichen Verantwortung oder Pflicht zum sozialen Ausgleich die Rede, vgl. z.B. BVerfGE 9, 124 (131: „Sozialpflicht des Staates") oder BVerfGE 22, 180 (204): staatliche Pflicht, „[…] für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung" zu sorgen. Subjektive Rechtsansprüche werden aus dem Sozialstaatsprinzip jedoch in aller Regel nicht abgeleitet (BVerfGE 27, 253 [283]). Zur Verstärkung einzelner Grundrechte durch das Sozialstaatsprinzip s.u. V 3 d. Zu unterschiedlichen Verständnissen des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips vgl. *Hans F. Zacher* Das soziale Staatsziel, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 22 ff.; *Michael Heinig* Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom „sozialen" Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, 2008, 10 ff.; *Peter Axer* Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 (2009), 177 (185 ff.).

wenig trifft die Verfassung eine verbindliche Aussage über die Art der Ressourcen, die verteilt werden dürfen, über ihre Rangfolge oder den Modus ihrer Verteilung. Wir bewegen uns hier im Bereich des politischen Gestaltungsspielraums.[64]

Wohl aber lässt sich sagen, dass den Rahmen der politischen Gestaltungsmacht nach dem Grundgesetz drei Elemente bilden müssen:[65] die grundlegende Gleichrangigkeit und Gleichberechtigung aller Menschen (Gleichheit), der Vorrang ihrer freien Lebensentscheidung vor paternalistischer Fremdbestimmung (Freiheit) sowie ihre demokratische Gleichheit, d.h. das gleiche Recht auf Mitwirkung an den öffentlichen Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozessen (Partizipation).

2. Tendenzen: der Gedanke der gleichberechtigten Teilhabe

Ein aktueller Ansatz, Freiheit, Gleichheit und demokratische Partizipation zusammenzudenken, findet sich in der Debatte um gleichberechtigte Teilhabe. Sie ist philosophisch inspiriert von Theorien, wie sie etwa *Sen* und *Nussbaum* repräsentieren, die von einem liberalen Ausgangspunkt her moderat non-egalitäre Kriterien der Verteilungsgerechtigkeit vorschlagen.[66] Ähnlich wie der Begriff der Chancengleichheit[67] verweist der Gedanke der Teilhabe weniger auf eine gleiche Versorgung mit Gütern als vielmehr darauf, was Menschen benötigen, damit sie in gleicher Weise wie alle anderen ihren Lebensplan frei wählen und gestalten können. Der Fokus verschiebt sich damit von der Frage, wie ein Individuum *im Vergleich zu anderen* ausgestattet ist, zu der Diskussion, welche Chancen, Zugänge und Kompetenzen es für eine selbstbestimmte Lebensgestaltung benötigt bzw. anstrebt[68] und welche Hindernisse eine Gesellschaft dem gleichberechtigten Freiheitsgebrauch entgegenstellt.[69]

---

[64] BVerfGE 103, 271 (288), st. Rspr.; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 120 ff.

[65] Vgl. hierzu *Heinig* Sozialstaat (Fn. 63), 147 und passim; siehe auch *Wapler* Die Frau ist frei geboren (Fn. 11), 132.

[66] Vgl. *Sen* (Fn. 61), 129 ff.; *Martha Nussbaum* Die Grenzen der Gerechtigkeit. Behinderung, Nationalität und Spezieszugehörigkeit, 2010, 103 ff.

[67] Zu diesem BVerfGE 33, 303 (331 f.); *Hufen* Gleichheitssatz (Fn. 31), 46; *Zippelius* VVDStRL 47 (Fn. 28), 17.

[68] Die individuelle Freiheit umfasst auch die selbstbestimmte Wahl, *welche* Güter bzw. Belange das Individuum für das eigene Leben als wichtig erachtet, vgl. *von der Pfordten* Normative Ethik (Fn. 17), 65 f., 312; *Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl (Fn. 32), 329 ff. („Vorrang der Selbstbestimmung").

[69] *Valentin Aichele* Inklusion als menschenrechtliches Prinzip. Der internationale Diskurs um die Behindertenrechtskonvention, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 3 (2013), 28 (34). Der Gedanke, die basale Gleichheitsforderung als Bedingung gleichen Freiheitsgebrauchs zu verstehen, ist indes nicht neu, vgl. *Günter Frankenberg* Die

Sprachlich wird der Begriff der gleichberechtigten Teilhabe heute[70] in engem Zusammenhang mit dem der Inklusion verwendet.[71] Eine inklusive Gesellschaft ermöglicht nach diesem Wortgebrauch allen ihren Mitgliedern gleichberechtigte Teilhabe. Sie bezieht sie auf diese Weise in das soziale Leben ein[72] und verlangt dabei nicht von ihnen, ihre individuellen Besonderheiten aufzugeben. Es geht also um „Gleichheit angesichts *zu akzeptierender* bzw. *zu würdigender* Vielfalt". Hinter dem Ziel der gleichberechtigten Teilhabe verbirgt sich damit nichts anderes als eine moderne Reformulierung des liberalen Gleichheitsversprechens: ungeachtet tatsächlicher Unterschiede in Eigenschaften, Begabungen und Interessen als Freie und Gleiche zusammenzuleben.[73]

3. Konkretisierung: gleichberechtigte Teilhabe an der Ressource „Bildung"

Inklusion und Teilhabe sind keine Verfassungsbegriffe, sondern politische Strategien oder Ziele, die sich nicht zwingend aus dem Grundgesetz ableiten lassen und über deren Nutzen man streiten kann. Eine völkerrechtliche Staatenpflicht, diese Ziele im nationalen Recht umzusetzen, ergibt sich aber aus der UN-Behindertenrechtskonvention. Sie verpflichtet Deutschland u.a., ein inklusives Bildungssystem zu schaffen (Art. 24 Abs. 1 BRK).

Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, 1997, 195, 202 („Zivile Solidarität"); *Zippelius* VVDStRL 47 (Fn. 28), 16.

[70] Siehe aber die Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG als „Gebot gleicher Teilhabe" schon bei *Hufen* Gleichheitssatz (Fn. 31), 46.

[71] Vgl. *Hauke Behrendt* Was ist soziale Teilhabe? Plädoyer für einen dreidimensionalen Inklusionsbegriff, in: ders./Catrin Misselhorn (Hrsg.) Arbeit, Gerechtigkeit und Inklusion. Wege zu gleichberechtigter gesellschaftlicher Teilhabe, 2017, 50; *Franziska Felder* Inklusion und Gerechtigkeit. Zum Recht behinderter Menschen auf Teilhabe, 2012, 117 ff.; skeptisch *Tilmann Altwicker* Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, 455.

[72] *Anuscheh Farahat* Progressive Inklusion. Zugehörigkeit und Teilhabe im Migrationsrecht, 2014, 77; *dies.* Solidarität und Inklusion. Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft, DÖV 2016, 45 (51). Zum Aspekt der Zugehörigkeit als zentral für den Sozialstaat vgl. *Zacher* HStR II (Fn. 63), § 28 Rn. 167; *Rixen* VVDStRL 74 (Fn. 44), 304 f.

[73] Instruktiv zu einem „freiheitsfunktionalen" Verständnis des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips *Heinig* Sozialstaat (Fn. 63), 229 und passim; *Morlok/Jürgensen* Faktische Chancengleichheit (Fn. 22), 696 f.; zum Zusammenhang von Teilhabe und Freiheit *Felix Welti* Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2005, 535 ff.; zu anerkennungstheoretischen Begründungen des Anspruchs auf gleichberechtigte Teilhabe *Katja Stoppenbrink* Inklusion und Gerechtigkeit, in: Michael Quante/Silvia Wiedebusch/Heidrun Wulfekühler (Hrsg.) Ethische Dimensionen inklusiver Bildung, 2018, 27 (insb. 34 ff.).

a) Exkurs zum Wortgebrauch: „Inklusion" und „Integration"

Die amtliche deutsche Fassung dieser Norm übersetzt das englische *inclusive* mit „integrativ", während Österreich seit 2016 den Ausdruck „inklusiv" verwendet.[74] Dahinter verbirgt sich eine Kontroverse darum, wie sich die Begriffe der Inklusion und der Integration zueinander verhalten. Die Behindertenrechtskonvention wird als ein Menschenrechtsdokument verstanden, das eine „Integrationsstrategie" durch eine „Inklusionsstrategie" ersetzt: Integration steht demnach für die Vorstellung einer weitgehend homogenen Gesellschaft, die Menschen und Gruppen mit abweichenden Merkmalen in die bestehenden Strukturen aufnimmt. Inklusion hingegen fordert, gesellschaftliche Einrichtungen so auszugestalten, dass sie gar nicht erst Menschen ausschließen, die dann in einem zweiten Schritt „integriert" werden müssen.[75] Parallel dazu lässt sich eine thematische Fragmentierung der Debatte erkennen: Wir finden einen regen Austausch über Integration, der sich überwiegend mit Zuwanderung befasst, und eine nicht minder lebendige Auseinandersetzung über Inklusion, die sich auf Menschen mit Behinderungen konzentriert. Auch das Recht spiegelt dies wider. So sind in den vergangenen Jahren auf Bundes- wie auf Landesebene etliche „Integrationsgesetze" in Kraft getreten, die sich an ausländische Staatsangehörige oder – in Bayern[76] – zusätzlich an Deutsche mit einem sog. Migrationshintergrund richten.[77] Regelungen, die ihrem Wortlaut nach

---

[74] Zur Wortgebrauchsgeschichte vgl. auch *Gudrun Wansing* Was bedeutet Inklusion? Annäherung an einen vielschichtigen Begriff, in: Theresia Degener/Elke Diehl (Hrsg.) Handbuch Behindertenrechtskonvention. Teilhabe als Menschenrecht – Inklusion als gesellschaftliche Aufgabe, 2015, 43 (45).

[75] *Wansing* Inklusion (Fn. 74), 51; *Heinz Bude* Inklusion als sozialpolitischer Leitbegriff, in: Theresia Degener/Elke Diehl (Hrsg.) Handbuch Behindertenrechtskonvention. Teilhabe als Menschenrecht – Inklusion als gesellschaftliche Aufgabe, 2015, 388 (389). Krit. zum Begriff der Integration, soweit er mit einer „Assimilationserwartung" einhergehe, *Thomas Kunz* Was heißt eigentlich Integration?, ZAR 2018, 107 (111). Die sprachliche Differenzierung ist keineswegs trennscharf und vernachlässigt die Wortgebrauchsgeschichte. Zu Recht weist *Grosche* darauf hin, dass frühere Integrationsansätze in der Theorie dasselbe Ziel verfolgten, das heute unter „Inklusion" gefasst wird: *Michael Grosche* Was ist Inklusion?, in: Poldi Kuhl et al. (Hrsg.) Inklusion von Schülerinnen und Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf in Schulleistungserhebungen, 2015, 17 (22 ff.).

[76] Vgl. den Geltungsbereich des Bayerischen Integrationsgesetzes v. 13.12.2016 (GVBl. 2016, 335), der sich auch auf „Deutsche, die in besonderer Weise integrationsbedürftig sind", erstreckt, sofern sie, ihre Eltern oder ihre Großeltern nach 1955 nach Deutschland eingewandert sind (Art. 2 Abs. 3 BayIntG). Krit. *Thomas Rottenwallner* Die Präambel des neuen Bayerischen Integrationsgesetzes – über den kleinlichen Schutz staatlicher Scheinidentität, KJ 2017, 634.

[77] Bayerisches Integrationsgesetz (Fn. 76); Integrationsgesetz des Bundes v. 31.07.2017, BGBl. 2016 I, 1939.

„Inklusion" und „Teilhabe" anstreben, beschränken sich demgegenüber auf die Zielgruppe der Menschen mit Behinderungen, auf Bundesebene etwa das Bundesteilhabegesetz[78] und auf Landesebene die Regelungen zur inklusiven Schule.

Die sprachliche Differenzierung weist indes auf zwei allgemeine Probleme aus dem Spannungsfeld zwischen Gleichheit und Vielfalt hin, die alle Menschen betreffen und demokratietheoretische Bedeutung entfalten:[79] Inklusion fragt nach den notwendigen Bedingungen dafür, gleichberechtigt am sozialen Leben teilnehmen und die Gesellschaft mitgestalten zu können.[80] Sie verlangt, die Individuen konsequent als Gleiche zu behandeln. Daneben lässt sich aber weiterhin fragen, was die Menschen in einer pluralistischen Gesellschaft verbindet, was also ihre Desintegration im Sinne einer gesellschaftlichen Spaltung oder Zersplitterung verhindert. Auf diese Frage komme ich am Ende dieses Vortrags noch einmal zurück (VI).

b) Die völkerrechtliche Staatenpflicht aus Art. 24 BRK

Die Forderung nach einem inklusiven Bildungssystem reagiert auf die historische Erfahrung von Menschen mit Behinderungen, in einem System von Sonderinstitutionen von wesentlichen Zugängen in die Gesellschaft und damit von Entfaltungschancen ausgeschlossen zu werden. Kern der Inklusionsforderung ist darum, in die Regelsysteme des Bildungswesens einbezogen zu sein; innerhalb dieser Institutionen soll dann adäquat auf besondere Merkmale und Bedürfnisse eingegangen werden.[81] In der Sache geht es damit um nichts anderes, als in ein bekanntes und allgemein konsentiertes pädagogisches Gleichheitsversprechen einbezogen zu werden, das sich unmittelbar aus der basalen Statusgleichheit ergibt: Kinder indi-

---

[78] Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz) v. 23.12.2016, BGBl. 2016 I, 3234.

[79] Ein Versuch, beide Aspekte lebensbereichsübergreifend als „strukturerhaltende" und „strukturverändernde" Inklusion zusammenzuführen, findet sich bei *Behrendt* Teilhabe (Fn. 71), 71 f. Zu Tendenzen, den Begriff der Inklusion in das Migrationsrecht zu übernehmen, vgl. *Jürgen Bast* Denizenship als rechtliche Form der Inklusion in eine Einwanderungsgesellschaft, ZAR 2013, 353 (353 f.); *Farahat* Progressive Inklusion (Fn. 72), 77; allg. zu den allgemeinen, über den eigentlichen Anwendungsbereich hinausreichenden Implikationen der Behindertenrechtskonvention auch *Lembke* Diversity (Fn. 6). 54.

[80] Zu demokratietheoretischen Verortungen von Inklusion und Teilhabe vgl. *Young* Inclusion and Democracy (Fn. 46); *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27); *Lembke* Diversity (Fn. 6), 68. Siehe auch *Anuscheh Farahat* Inklusion in der superdiversen Gesellschaft, JöR 66 (2018), 337 ff.

[81] *UN-Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)* Concluding observations on the initial report of Germany, 2015, CRPD/C/DEU/CO/1, § 46b; *Unesco* Salamanca-Erklärung über Prinzipien, Politik und Praxis der Pädagogik für besondere Bedürfnisse, 1994, § 7 und passim.

viduell gemäß ihren Begabungen, Talenten und Fähigkeiten so gut zu fördern, wie es in den Institutionen des Bildungswesens möglich und leistbar ist.[82]

c) „Behindert werden": kein Problem nur für „Behinderte"

Mehr als andere Menschenrechtskonventionen verkörpert die Behindertenrechtskonvention die kritisch-reflexive Dimension der Gleichheitsrechte, die ich eingangs skizziert habe. Sie erwartet von den Vertragsstaaten, über Normen, institutionelle Arrangements und Praktiken nachzudenken, die Menschen in ihrer freien Entfaltung behindern.[83] Die erwähnte Freitreppe vor der Schule ist ein unmittelbar einsichtiges Beispiel dafür, wie Menschen durch externe Faktoren „behindert werden". In ihrer Entfaltung behindert wird aber auch eine Schülerin, die die deutsche Sprache nicht beherrscht, wenn der Unterricht auf Deutsch stattfindet. Sie fällt nicht unter den Begriff der Behinderung im Sinne der Behindertenrechtskonvention, der neben einer nachteilsverursachenden Wechselwirkung mit der Umwelt auch eine individuelle Beeinträchtigung verlangt.[84] Der Gedanke des „Behindertwerdens" durch strukturelle Bedingungen ist jedoch nicht auf den Geltungsbereich der Behindertenrechtskonvention begrenzt, sondern wird in ihren Normen nur besonders deutlich sichtbar. In der Sprache der Behindertenrechtskonvention ist der Staat verpflichtet, die „Barrieren", vor denen die Betroffenen stehen, zu beseitigen und „angemessene Vorkehrungen" für den gleichberechtigten Freiheitsgebrauch zur Verfügung zu stellen.[85] Damit werden strukturelle Benachteiligungen thematisiert, die in ganz unterschiedlichen Lebensbereichen beobachtet werden können. Bezogen auf meine Beispiele bedeutet dies: Die Rollstuhlfahrerin muss nach den Normen der Behindertenrechtskonvention Zugang zu

---

[82] *Annedore Prengel* Pädagogik der Vielfalt, 3. Aufl. 2006, 184 ff.; zur verfassungsrechtlichen Bedeutung *Hinnerk Wißmann* in: Bonner Kommentar zum GG III, 182. Akt. 2018, Art. 7 Rn. 102 (2016).

[83] Vgl. *Rixen* VVDStRL 74 (Fn. 44), 340; vgl. auch den Gedanken eines durch inklusives Denken „erweiterten Normalitätsspektrums" bei *Wansing* Inklusion (Fn. 74), 52.

[84] Art. 1 UAbs. 2 BRK definiert den Begriff der Behinderung folgendermaßen: „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können."

[85] „Angemessene Vorkehrungen" sind gem. Art. 2 UAbs. 4 BRK „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten ausüben können".

dem Schulgebäude erhalten. Verallgemeinert man diesen Gedanken, dann müsste auch der Nicht-Muttersprachlerin Sprachförderung angeboten werden, damit sie an der Ressource Bildung teilhaben kann.

d) *Herausforderungen für das Verfassungsrecht*

Art. 24 Abs. 1 der Behindertenrechtskonvention statuiert eine Staatenpflicht, die der Umsetzung bedarf, die Norm ist daher nicht unmittelbar anwendbar und begründet für sich genommen keine subjektiven Rechtsansprüche.[86] Inklusion als Strategie, Teilhabe zu ermöglichen, lässt sich auch in keiner Einzelnorm des Grundgesetzes verorten. Es gibt also kein „Grundrecht auf Inklusion". Das Ziel gleichberechtigter Teilhabe berührt aber verschiedene Dimensionen von Freiheits- und Gleichheitsrechten des Grundgesetzes; außerdem sind die Grundrechte für die Gruppe der Menschen mit Behinderungen mit Rücksicht auf die Staatenpflichten aus der Behindertenrechtskonvention völkerrechtsfreundlich auszulegen.[87] Die Diskriminierungsverbote der BRK gelten für sie zudem unmittelbar.[88] Was folgt daraus für unser Verfassungsrecht?

(1) Nach dem Grundgesetz ergibt sich ein allgemeines Recht auf gleichberechtigten Zugang zu vorhandenen staatlichen Einrichtungen für alle Menschen schon aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (derivatives Teilhaberecht). In seinen Numerus Clausus-Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht das derivative Teilhaberecht aus einer Kombination der Berufsfreiheit in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip hergeleitet.[89] Wenn man dem folgen möchte,

---

[86] *Ralf Poscher/Johannes Rux/Thomas Langer* Von der Integration zur Inklusion. Das Recht auf Bildung aus der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen und seine innerstaatliche Umsetzung, 2008, 33; *Wolfram Höfling* Rechtsfragen zur Umsetzung der Inklusion im Schulbereich. Gutachten im Auftrag des Städtetages Nordrhein-Westfalen, 2012, 30 ff., insb. 38.

[87] *Frauke Brosius-Gersdorf* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 65. *Theresia Degener* Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, 200 (217 f.); *Christine Pluhar* Auf dem Weg zu einem inklusiven Schulsystem – Zum Stand der Umsetzung der UN Konvention über die Rechtslage von Menschen mit Behinderungen (BRK) in Schleswig-Holstein, RdJB 2011, 218 ff. Siehe auch *Angelika Siehr/Michael Wrase* Das Recht auf inklusive Schulbildung als Strukturfrage des deutschen Schulrechts – Anforderungen aus Art. 24 BRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, RdJB 2015, 161 (174 ff.); *Oliver Tolmein* Inklusion als Herausforderung für die Rechts- und Bildungspolitik, ZRP 2014, 177 (180); *Angela Faber/Verena Roth* Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention durch die Schulgesetzgebung der Länder, DVBl. 2010, 1193 (1197).

[88] *Degener* Die UN-BRK (Fn. 87), 217 f.

[89] BVerfGE 33, 303 (330 f.); 134, 1 (13 Rn. 37); BVerfG NVwZ 2018, 233 und hierzu *Krieger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3). Art. 3 Rn. 10; *Osterloh/Nußberger* in: Sachs (Fn. 30), Art. 3 Rn. 53 f.; *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 7.

ist die Parallele hier im Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und im Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) zu sehen.[90] Ich bezweifle allerdings, dass wir den Bezug zu den Freiheitsrechten überhaupt benötigen, wenn es um Gleichheit im Zugang geht. Wo Kapazitäten begrenzt sind, muss die Auswahl auf sachlichen Kriterien beruhen, das ist – auch wenn der gleiche Zugang letztlich der gleichberechtigten Freiheitsausübung dient[91] – ein klassisches Gleichheitsrechtsproblem.

(2) Gleichberechtigter Zugang kann auch aufgrund ungerechtfertigter Fremdzuschreibungen verweigert werden. Denken wir noch einmal an die Schülerin, die sich im Rollstuhl fortbewegt. Wird sie nicht zum Gymnasium zugelassen, weil man ihr aufgrund ihrer körperlichen Besonderheiten nicht zutraut, die hohe Arbeitsbelastung zu bewältigen, so kann darin eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung liegen, die das Gleichheitsrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verletzt.

(3) Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, in dem die Ungleichbehandlung nur beseitigt werden kann, wenn der Staat aktiv handelt, etwa indem er eine Schule barrierefrei umbaut oder eine Förderlehrerin einstellt. Die Behindertenrechtskonvention wertet es als Diskriminierung, wenn Menschen mit Behinderungen ihre Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht nutzen können, weil „angemessene Vorkehrungen" fehlen (Art. 2 UAbs. 3 BRK).[92] In der verfassungsrechtlichen Dogmatik ist dagegen nicht ganz einfach zu beurteilen, ob diese Konstellation nach Art. 3 als Diskriminierung zu betrachten ist, eine leistungsrechtliche Dimension der Freiheitsrechte berührt oder als positive Förderung (nur) sozialstaatlich verhandelbar ist.[93] Hierzu zwei Anmerkungen:

(a) Das Bundesverfassungsgericht hat 1997 in seiner Entscheidung zur damals noch „integrativ" genannten Beschulung eine Argumentation gewählt, die an den Gedanken der „angemessenen Vorkehrungen" erinnert. Demnach kann eine gleichheitsrelevante Benachteiligung auch in fehlender Förderung liegen; auch dies hat das Gericht mit einer Verbindung von Freiheits- und Gleichheitsrechten begründet (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1, 2 Abs. 1 GG).[94]

---

[90] Vgl. BVerfGE 96, 288 (304).

[91] *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 5), Art. 3 Rn. 178.

[92] Ausf. *Zinsmeister* Gleichheit – Gerechtigkeit – Inklusion (Fn. 55), 93.

[93] Vgl. *Rixen* VVDStRL 74 (Fn. 44), 340, sowie *ders.* Das Grundrecht auf glaubenskonforme Gewährung von Sozialleistungen, DVBl 2018, 906 (914 f.).

[94] BVerfGE 96, 288 (304).; zust. *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 90.

(b) Allerdings hat das Gericht damals die Feststellung einer Benachteiligung davon abhängig gemacht, ob die notwendigen Fördermaßnahmen mit vertretbarem Aufwand geleistet werden können.[95] Damit werden die Ebenen der Ungleichbehandlung und ihrer Rechtfertigung verwischt. Das betroffene Kind wurde im Ergebnis als nicht benachteiligt angesehen, weil die Schule die inklusive Beschulung nicht leisten konnte. Begreift man die Gleichheitssätze als Mittel, um Ungleichbehandlungen überhaupt zu thematisieren, hat die Feststellung einer strukturellen Benachteiligung eine eigenständige dogmatische Bedeutung.[96] Insofern lässt sich das „Fehlen angemessener Vorkehrungen" als gleichheitsrechtliches Problem deuten,[97] bei dem es einerseits darum geht, strukturelle Ungleichheiten zu benennen, und andererseits sich dann darüber auseinanderzusetzen, welche Mittel und Wege zu ihrer Beseitigung als angemessen bewertet werden können.[98]

e) *Umsetzung*

Die praktische Umsetzung der Behindertenrechtskonvention im Bildungswesen ist in vieler Hinsicht inkonsistent.[99] Das zeigt sich schon an

---

[95] BVerfGE 96, 288 (305); siehe auch BVerfG NVwZ 2006, 679 (680).

[96] Allg. zum Schutz vor struktureller Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 42, 60; *Baer/Markard* in von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 418; *Alexander Tischbirek/Tim Wihl* Verfassungswidrigkeit des Racial Profiling. Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Art. 3 GG, JZ 2013, 219 (223).

[97] Vgl. neben den in Fn. 95 aufgeführten Entscheidungen auch BVerfG NJW 2014, 3567; BSGE 110, 194; EGMR, 23.2.2016, 51500/08 (Cam/Türkei); *Felix Welti* Barrierefreiheit und angemessene Vorkehrungen, Sozialer Fortschritt 2015, 267–273 (268); *Robert Uerpmann-Wittzack* Zugang von Menschen mit Behinderung zum Schul- und Hochschulrecht, NZS 2017, (203); *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27), 199 ff.

[98] *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27), 210 f. Allg. zum Maßstab der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Gleichheitsrechtsprüfung vgl. zuletzt BVerfG NJW 2018, 1451 (Erbschaftssteuer), Rn. 94; allg. z. Streit um „Willkürformel", „Neue Formel" und „Stufenlosigkeitsmodell" *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 64 ff.; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 68. Zu Vorschlägen, die Prüfung des Gleichheitsrechts strukturell dem Aufbau bei den Freiheitsgrundrechten anzupassen, *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 78 ff.; *Michael Sachs* in: Klaus Stern (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland IV/2, 2011, § 120 II 2 b) β).

[99] Siehe die empirischen Erkenntnisse und Einschätzungen bei *Klaus Klemm* Unterwegs zur inklusiven Schule. Lagebericht 2018 aus bildungsstatistischer Perspektive, 2018; *Michael Wrase* Die Implementation des Rechts auf inklusive Schulbildung nach der UN-Behindertenrechtskonvention und ihre Evaluation aus rechtlicher Perspektive, in: Poldi Kuhl et al. (Hrsg.) Inklusion von Schülerinnen und Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf in Schulleistungserhebungen, 2015, 41 (46 ff.); *Andrea Platte* Inklusive Bildung: Leitidee von der Kindertageseinrichtung bis zur Hochschule, in: Theresia Degener/Elke Diehl (Hrsg.) Handbuch Behindertenrechtskonvention. Teilhabe als Menschenrecht – Inklusion als gesellschaftliche Aufgabe, 2015, 130 (132 f., 135 f.).

der Praxis, Inklusion nur auf die gemeinsame Beschulung von Kindern mit und ohne Behinderung zu beziehen: Kinder mit Behinderungen werden so als die besondere „zu inkludierende" Gruppe wahrgenommen und damit auf den Status der „anderen" mit den „besonderen Bedürfnissen" festgelegt. Dieses Phänomen, wonach die besondere Förderung einer sozialen Gruppe die Mitglieder dieser Gruppe auf den Status als Förderungsbedürftige oder auf andere Merkmale festlegt, wird als „Dilemma der Differenz"[100] bezeichnet. Aufgelöst werden kann es allerdings nicht, indem man auf Kategorien ganz verzichtet und Differenzen nicht mehr benennt, wie es von Vertretern einer „Dekategorisierungsstrategie"[101] gefordert wird. Denn es ist uns schon unmöglich, uns überhaupt sprachlich zu verständigen, ohne die Wirklichkeit in Begriffe zu fassen, und jede Begriffsbildung geht mit einer Kategorisierung einher. Außerdem wäre der Anspruch des Inklusionsgedankens, jeden Menschen gemäß seiner individuellen Besonderheit als gleichberechtigt zu berücksichtigen, nicht einlösbar, wenn diese individuellen Besonderheiten nicht identifiziert werden dürften.[102] Nicht die Benennung individueller Merkmale ist also das Problem, sondern der darüber hinausgehende Prozess, mit ihnen stereotype Verhaltenserwartungen zu verbinden und sie als unveränderlich zu begreifen, also zu essentialisieren.[103]

Im schulischen Kontext wird das Dilemma der Differenz umso erkennbarer durch die finanzpolitische Entscheidung, die Förderung der Inklusion von der Zahl der sogenannten „Inklusionskinder" in einer Klasse oder einem Jahrgang abhängig zu machen. In Philosophie und Sozialwissenschaft wird dies auch als das „Ressourcen-Etikettierungs-Dilemma"[104] bezeichnet. Die Schulen werden gar nicht erst in die Lage versetzt, die Kinder und Jugendlichen als „Gleiche" zu begrüßen und sich selbst ein Bild von ihnen zu machen. Denn um für die Arbeit mit hochdiversen Lerngruppen einigermaßen angemessen ausgestattet zu sein, müssen sie

---

[100] Begriff nach *Martha Minow* Making all the Difference, 1990; vgl. zur Rezeption in Deutschland *Susanne Baer* Der problematische Hang zum Kollektiv und ein Versuch, postkategorial zu denken, in: Gabriele Jähnert/Karin Aleksander/Marianne Kriszio (Hrsg.) Kollektivität nach der Subjektkritik, 2013, 47 (55).

[101] Ausf. zum Diskussionsstand *Michael Quante/Silvia Wiedebusch* Die Dekategorisierungsdebatte im Kontext inklusiver Bildung, in: dies./Heidrun Wulfekühler (Hrsg.) Ethische Dimensionen inklusiver Bildung, 2018, 119 (121 ff.).

[102] *Quante/Wiedebusch* Die Dekategorisierungsdebatte (Fn. 101), 125 f.

[103] *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 441; ähnlich *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 101.

[104] *Quante/Wiedebusch* Die Dekategorisierungsdebatte (Fn. 101), 120. Begriffsprägend im Bildungsrecht *Hans-Peter Füssel/Rudolf Kretschmann* Gemeinsamer Unterricht für behinderte und nicht-behinderte Kinder, 1993, 49 und passim; siehe auch *Wrase* Inklusive Schulbildung (Fn. 99), 60 ff.

zunächst einmal dafür sorgen, dass alle besonderen Förderbedarfe formal diagnostiziert und kategorisiert und die betroffenen Kinder und Jugendlichen damit als „behindert“ etikettiert werden.[105] Jedoch ist jeder Mensch mehrfach sozial verortet[106] – das sogenannte „Inklusionskind“ hat nicht nur eine Behinderung, sondern ist auch minderjährig, hat ein Geschlecht, ist arm oder reich, findet mehr oder weniger Bücher in seiner Herkunftsfamilie vor, hat vielleicht eine Einwanderungsgeschichte und vieles mehr. Es wird der Komplexität seines Daseins nicht gerecht, eine diagnostizierte Behinderung in dieser Weise als das wesentliche identitätsbestimmende Merkmal zu konstruieren. Notwendig wäre diese Art der Etikettierung nicht, wenn gleichberechtigte Teilhabe als etwas verstanden würde, das alle Kinder betrifft, sich auf alle Arten der Besonderheit bezieht, und wenn Schulen von vornherein so ausgestattet wären, dass sie auf eine in vielen Hinsichten vielfältige Schülerschaft vorbereitet sind. Vergleichsgruppen könnten dann situationsangemessen gebildet und als veränderlich begriffen werden.[107] Die Inklusionsdebatte berührt insofern auch die Frage nach einer freiheitsermöglichenden sozialen Infrastruktur.[108]

VI. Zusammenleben in der vielfältigen Gesellschaft

1. Nochmals: Integration und Inklusion

Eine Gesellschaft, die gleichberechtigte Teilhabe ermöglicht, wird vermutlich weitreichende Zufriedenheit auslösen, weil die Menschen im Großen und Ganzen nach frei gewählten Grundsätzen leben können. Gleichzeitig bleibt auch sie eine pluralistische Gesellschaft, in der Menschen über ihre unterschiedlichen Lebensweisen, Glaubensrichtungen, Weltanschauungen und kulturellen Traditionen in Konflikte geraten. Solche Konflikte können als unüberbrückbar, gar als Bedrohung des eigenen Lebensstils empfunden und mit großer Heftigkeit ausgetragen werden. In jedem pluralistischen Gemeinwesen stellt sich daher die Frage, wie „angesichts von Vielfalt“ Zusammenhalt und Verbindlichkeit entstehen und erhalten werden

---

[105] Vgl. die Kritik bei *Wansing* Inklusion (Fn. 74), 52.

[106] *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 442.

[107] In diese Richtung gehen Ansätze, die Inklusion als Prozess verstehen, der Veränderungen nicht durch essentialisierende Etikettierungen verhindert, vgl. *Wansing* Inklusion (Fn. 74), 46. Ob darin schon eine Aufhebung von Gegensätzen in einem hegelschen Sinne zu verstehen ist (so *Flügel-Martinsen/Martinsen* Politische Philosophie der Besonderheit [Fn. 6], 16), darf indes bezweifelt werden. Gleichheit und Vielfalt sind, wie oben dargestellt, keine Gegensätze, die der Aufhebung in einer übergeordneten Einheit bedürfen.

[108] Grundlegend zu dieser *Rixen* VVDStRL 74 (Fn. 44).

können, was eine Gesellschaft also integriert.[109] Unter einer integrierten Gesellschaft verstehe ich eine solche, der sich ihre Mitglieder im Großen und Ganzen zugehörig fühlen und in der sie bereit und fähig sind, friedlich zusammenzuleben und ihre Angelegenheiten demokratisch auszuhandeln.[110] So verstanden, geht Integration weder in dem Begriff der Inklusion auf, noch beschränkt sie sich auf die Eingliederung von Zugewanderten.[111] Auch Personen und Gruppen, die schon lange im Land leben oder sich einmal zur Mehrheit bzw. gesellschaftlichen Mitte zählten, können sich von dem Gemeinwesen abwenden oder zu friedlicher Konfliktlösung nicht bereit sein.

2. Konkretisierung: der schulische Integrationsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG)

Das Bildungswesen ist ein exemplarischer Schauplatz für den gesellschaftlichen und rechtlichen Umgang mit sozialer Vielfalt auch im Hinblick darauf, wie gesellschaftliche Desintegration verhindert werden kann. Über die allgemeine Schulpflicht betrifft das Bildungssystem in Deutschland alle gesellschaftlichen Gruppen und Milieus. Viele der politischen, religiösen und weltanschaulichen Konflikte, die Menschen außerhalb der Schule privat austragen, werden dadurch zu Konflikten mit dem Staat und jedenfalls auch zu Herausforderungen für das öffentliche Recht.

Dass Schule einen Integrationsauftrag hat, ist im verfassungsrechtlichen Schrifttum unumstritten,[112] und auch in der frühkindlichen Erziehung wird

---

[109] Vgl. die Frage bei *Rawls* Politischer Liberalismus (Fn. 6), 67, wie „eine gerechte und stabile Gesellschaft von freien und gleichen Bürgern dauerhaft bestehen [kann], wenn diese durch ihre vernünftigen religiösen, philosophischen und moralischen Lehren einschneidend voneinander geschieden sind?"; für das Verfassungsrecht ähnlich *Horst Dreier* Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne, 2018, 188.

[110] Vgl. ausf. *Johannes Eichenhofer* Die rechtliche Gestaltung der Integration in Zeiten der „Flüchtlingskrise", in: Roman Lehner/Friederike Wapler (Hrsg.) Die herausgeforderte Rechtsordnung. Aktuelle Probleme der Flüchtlingspolitik, 2018, 111 (115); s.a. *Frankenberg* Republik (Fn. 69), 77. Zur Abgrenzung von „Integration" und „Assimilation" vgl. *Christine Langenfeld* Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten. Eine Untersuchung am Beispiel des allgemeinbildenden Schulwesens in der Bundesrepublik Deutschland, 2001, 370.

[111] Zur Inklusion als „Teilmenge" der Integration siehe *Johannes Eichenhofer* Integrationsgesetzgebung, ZAR 2016, 251 (252). Siehe auch *Frankenberg* Republik (Fn. 69), 87: „Soziale Integration enthält mithin zwei Komponenten: die Inklusion und Obligation der Mitglieder einer Gesellschaft." Kritisch zu der Begrenzung der Integrationsdebatte auf Migrationsfragen *Winfried Kluth* Migration und ihre Folgen – Wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern? Gutachten D zum 72. DJT, 2018, D 23 f.

[112] BVerfGK 1, 41 (143); 8, 151 (155); BVerfGE 93, 1 (20); *Brosius-Gersdorf* in: Dreier (Fn. 87), Art. 7 Rn. 22; *Matthias Jestaedt* Schule und außerschulische Erziehung, HStR

die Integrationsfunktion der Bildung seit einigen Jahren thematisiert, etwa in den Debatten um verbindliche Sprachförderung oder eine Kita-Pflicht.[113] Schließlich wird Bildung gerade im verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Diskurs notorisch als unverzichtbare Voraussetzung für soziale Gleichheit, Integration und den Fortbestand der Demokratie ins Spiel gebracht.[114] Diese Hochschätzung bleibt weitgehend unberührt von der doch eher ernüchternden Empirie, die dem deutschen Bildungssystem in schöner Regelmäßigkeit bescheinigt, sozial wenig durchlässig zu sein, ungleiche Startbedingungen nur unzureichend auszugleichen und insgesamt zu wenig differenzierend auf die Begabungspotenziale der Schüler einzugehen.[115] Die verfassungsrechtliche Konkretisierung des aus Art. 7 Abs. 1 abgeleiteten Integrationsauftrags bleibt in der Sache denn auch vage und changiert zwischen positiven Beschwörungen der Schule als „Keimzelle des (demokratischen) Gemeinwesens“[116] oder „Vorhof des Bürgerstaats“[117] und der eher auf Abwehr gerichteten Vorstellung, Schule habe „der Entstehung von Parallelgesellschaften“[118] entgegenzuwirken.

VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 43 f.; *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 60. Mit kritischerem Unterton *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 7 Rn. 11. Weitere Aufgaben der Schule sind aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Herstellung von Chancengleichheit und die Förderung der individuellen Persönlichkeitsentfaltung, vgl. BVerfGE 26, 228 (238); 45, 400 (417); 58, 257 (276); 76, 288 (304); 96, 288 (303); siehe hierzu *Brosius-Gersdorf* in: Dreier (Fn. 87), Art. 7 Rn. 22.

[113] Zum Diskussionsstand vgl. einerseits *Brosius-Gersdorf* in: Dreier (Fn. 87), Art. 7 Rn. 27, 31 ff. insb. 37 (funktionaler Schulbegriff), und andererseits *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 17 (institutioneller Schulbegriff).

[114] BVerfGE 6, 309 (354); 19, 206 (220); 34, 165 (181); 41, 29 (44, 50); 52, 223 (235 f.); 93, 1 (15); 100, 282 (294 f.). Aus dem Schrifttum im Zusammenhang mit Gleichheit *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181, Rn. 187: „Der Erziehungsauftrag vermittelt Wissen, entfaltet die selbstverantwortliche Persönlichkeit, bildet verantwortliche Staatsbürger heran, begründet soziale Kompetenz, wirkt dem Entstehen von ‚Parallelgesellschaften‘ entgegen und integriert Minderheiten.“; als Demokratievoraussetzung *Böckenförde* HStR III (Fn. 15), § 24 Rn. 67; Siehe auch die Wortmeldungen von *Dieter Grimm* und *Friedhelm Hufen* in VVDStRL 54 (1995), 120 f., 129; *Johannes Rux* Schulrecht, 6. Aufl. 2018, 40 ff.; *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 67.

[115] Siehe nur *Arbeitsgruppe Bildungsberichterstattung* Bildung in Deutschland 2018. Ein indikatorengestützter Bericht mit einer Analyse zu Wirkungen und Erträgen von Bildung, 2018, 14 ff., 52 ff.

[116] *Rux* Schulrecht (Fn. 114), 45.

[117] *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 67.

[118] BVerfG DVBl. 2003, 999; BVerfG, 31.05.2006, Az. 2 BvR 1693/04; BVerwG NVwZ 2010, 525; BVerwG NVwZ 2014, 237 („Krabat“); BVerfG NJW 2015, 44; BayVerfGH, 13.12.2002, Az. VI 73/01; OVG NRW DÖV 2009, 119; OVG Berlin/Brandenburg NVwZ 2010, 1310 (Rn. 37); OLG Brandenburg FPR 2007, 46; VG Bayreuth, 18.04.2005, Az. B 6 K 04/620; VG Lüneburg, 25.10.2016, Az. 4 A 90/15; siehe auch *Jestaedt* HStR VII (Fn. 112) § 156 Rn. 27.

a) *Pluralismus als Strukturelement des Grundgesetzes*[119] *und Gegenstand des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags*

Nun hat das freie und erwachsene Individuum in einem liberalen und demokratischen Gemeinwesen durchaus auch das Recht, sich in ein exklusives soziales Milieu zurückzuziehen und den Rest der Gesellschaft zu ignorieren, ja sogar gering zu schätzen.[120] Unsere Verfassung ist nicht im *Rousseauschen* Sinne darauf gerichtet, einen einheitlichen Gemeinwillen zu bilden und setzt kein kollektives Gesamtbewusstsein voraus.[121] Sie rechnet im Gegenteil mit pluralistischen Interessenlagen und -konflikten, die sie grund- und verfahrensrechtlich absichert.[122] Wo grundrechtsgestützte plurale „Nebengesellschaften" aufhören und die desintegrierende „Parallelgesellschaft" beginnt, ist darum nicht trivial.[123] Im Zusammenhang mit dem

---

[119] Formulierung angelehnt an *Ernst Fraenkel* Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie (1964), in: ders. Deutschland und die westlichen Demokratien, hrsg. v. Alexander v. Brünneck, 1991, 297.

[120] BVerfGE 124, 300 (320): „Die Bürger sind […] rechtlich auch nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen. Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt Wertloyalität aber nicht." Siehe auch *Dreier* (Fn. 109), 117.

[121] In diese Richtung aber neuerdings in der Integrationsdebatte z.B. *Dietrich Murswiek* Staatsvolk, Demokratie und Einwanderung im Nationalstaat des Grundgesetzes, JöR 2018, 386 (408 ff.); *ders.* Nationalstaatlichkeit, Staatsvolk und Einwanderung, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.) Der Staat in der Flüchtlingskrise, 2016, 123 (124 ff.) sowie *Arnd Uhle* Integration als Staatsaufgabe. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen, ebd., 250 (251 f.). Gegen derartige „vulgär-demokratische" Vorstellungen einer konfliktfreien und homogenen Gemeinschaft, wie sie etwa *Carl Schmitt* in seiner Verfassungslehre (1928) entwickelt, argumentiert bereits *Fraenkel,* vgl. *ders.* Möglichkeiten und Grenzen (Fn. 6), 268 (dort auch die zitierte Formulierung). In der Anlage auf ein homogenes Gesellschaftsmodell ausgerichtet ist auch der Integrationsbegriff bei *Rudolf Smend*, vgl. *ders*., Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, 119–276.

[122] Vgl. schon *Kelsen* Gerechtigkeit (Fn. 5), 45: „Vom Standpunkt rationaler Erkenntnis gibt es nur menschliche Interessen und daher Interessenkonflikte."

[123] Zu bedenken ist auch, dass jede soziale Gruppe intern ihrerseits divers ist und Mitglieder von als „geschlossen" wirkenden Gruppen mit Individuen in der umgebenden Gesellschaft in manchen Hinsichten durchaus übereinstimmen können, vgl. *Young* Fünf Formen der Unterdrückung (Fn. 42), 99 (107, 111 f.); *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27), 139; *Rogers Brubaker* Ethnizität ohne Gruppen, 2007, 16 ff.; *Susanne Baer* Rechte und Regulierung. Das Problem des Gruppismus für die Grund- und Menschenrechte, in: Bettina Dennerlein/Elke Frietsch/Therese Steffen (Hrsg.) Verschleierter Orient – entschleierter Okzident?, 2012, 23 (32, 38 ff.). Insofern ist das, was die Gesellschaft zusammenhält und dementsprechend von Bürgerinnen und Bürgern als „Integrationsleistung" verlangt werden darf, auch in den diffusen Begriffen der Nation und der „relativen Homogenität" im Sinne *Böckenfördes* falsch verortet, vgl. *ders.* HStR III (Fn. 15), § 24

schulischen Integrationsauftrag sollte auf den Begriff der „Parallelgesellschaft“ verzichtet werden, weil er stereotype Assoziationen weckt und zu einer sachlichen Debatte nichts beiträgt.[124] Die pluralistische Gesellschaft ist kein problematisches „Minus“ zu einer homogenen Gemeinschaft, sondern notwendige Folge einer freiheitlichen Ordnung.[125]

Die eigentliche Frage lautet, wie weit Eltern berechtigt sind, ihre Lebensentscheidung für eine bestimmte Art zu leben an ihre Kinder weiterzugeben.[126] Eltern haben das Recht, die Werteerziehung und den Bildungsweg ihrer Kinder zu bestimmen, und dieses Recht steht gleichberechtigt neben dem Bildungs- und Erziehungsrecht der Schule. Insofern muss auch das Bildungswesen den vielfältigen Lebensweisen und Erziehungsvorstellungen Raum geben. Darum ist das Bildungswesen in Deutschland pluralistisch organisiert, es gliedert sich in eine Vielfalt von Schulformen und -trägern, es garantiert die Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4 GG), akzeptiert eine Vielzahl pädagogischer Konzepte[127] und verpflichtet die öffentlichen Schulen zu religiös-weltanschaulicher Neutralität.[128]

Der Pluralismus im Bildungswesen ist aber nicht nur Belangen der Eltern geschuldet, sondern auch denen der Schüler: Zum Grundrecht der Kinder und Jugendlichen auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit gehört auch, aus ihrer Familie hinaus in die Gesellschaft hineinzuwachsen. Schule ist eine Sozialisationsinstanz, die Kinder und Jugendliche befähigen soll, ihre eigene Lebensweise in Beziehung zu anderen zu setzen und in die-

---

Rn. 47 f., 63. Es geht gerade nicht darum, eine ideelle „Gesamtgruppe“ zu bilden, sondern sich in einem komplexen pluralistischen Gemeinwesen auf Regeln des sozialen Miteinanders, der politischen Entscheidungsfindung und friedlichen Konfliktbeilegung zu einigen. Vgl. zu diesem Gedanken eines „Verfassungskonsenses“ *Rawls* Politischer Liberalismus (Fn. 6), 219; *ders*. The Idea of an Overlapping Consensus, Oxford Journal of Legal Studies 7 (1989), 1–25, und dazu *Friederike Wapler* Pluralismus, Toleranz und das Recht des Kindes auf eine offene Zukunft, in: Carsten Bäcker/Sascha Ziemann (Hrsg.) Junge Rechtsphilosophie, ARSP-Beiheft 135, 2012, 171 (172 ff.); ähnlich *Ernst Fraenkel* Möglichkeiten und Grenzen (Fn. 6), 272 f.; *Frankenberg* Republik (Fn. 69), 81 und passim; *Lembke* Diversity (Fn. 6), 67.

[124] *Kunz* (Fn. 75), 112; *Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl (Fn. 32), 208 ff.; eingehend *Thomas Langer* „Parallelgesellschaft“: Allgemeine Schulpflicht als Heilmittel?, KritV 51 (2007), 277–292.

[125] *Horst Dreier* Das Problem der Volkssouveränität, in: Pirmin Stekeler-Weithofer/Benno Zabel (Hrsg.) Philosophie der Republik, 2018, 37 (42).

[126] Siehe hierzu grundlegend *Wapler* Pluralismus (Fn. 123).

[127] *Jestaedt* HStR VII (Fn. 112), § 156 Rn. 25.

[128] Allg. zur staatlichen Neutralitätspflicht BVerfGE 105, 279 (295); 139, 321 (347); *Stefan Huster* Die ethische Neutralität des Staates, 2002; *Christoph Möllers* Religiöse Freiheit als Gefahr? VVDStRL 68 (2009), 47–93; speziell im Bildungsbereich BVerfGE 27, 195 (201); *Jestaedt* HStR VII (Fn. 112), § 156 Rn. 71.

ser Auseinandersetzung einen eigenen Lebensplan zu entwickeln.[129] Dem Bestreben mancher Eltern, den Horizont ihrer Kinder eng zu halten, steht nicht nur ein Interesse der Allgemeinheit an sozialer Durchlässigkeit und Integration, sondern auch das Recht des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG) entgegen.[130] Das Entfaltungsrecht des Kindes endet nicht am Erfahrungs- und Erwartungshorizont seiner Eltern.

b) Integration in die pluralistische Gesellschaft: Angebote und Erwartungen

Der schulische Integrationsauftrag führt uns damit ein weiteres Mal auf die Gleichheit in Freiheit und ihre Realisierung zurück, hier bereichert um den Aspekt des Aufwachsens. Ich hatte am Anfang auf die relationale Verbundenheit der Menschen hingewiesen, die sich bei jungen Menschen in besonderer Weise zeigt, weil sie ihren Platz in der Gesellschaft erst finden müssen. Integration bedeutet im Licht der Grundrechte von Kindern und Jugendlichen vor allem, ihnen vielfältige Lebensentwürfe als gleichrangige Möglichkeiten für ihre Zukunft vorzustellen, damit sie in der Auseinandersetzung mit anderen eine eigene Haltung dazu entwickeln können.[131] Das impliziert das Recht, sich von den Erwartungen des eigenen Herkunftsmilieus zu emanzipieren, jedoch keineswegs die Pflicht, sich in das Normalitätsspektrum der Mehrheitsgesellschaft einzuordnen. Für diesen Prozess der Sozialisation in die pluralistische Gesellschaft muss Schule Regeln, Verfahren und Freiräume bereitstellen, und sie muss die Freiheit der Einzelnen gegen Unfriedlichkeit, Ausgrenzung und Diskriminierung verteidigen.[132] Der schulische Integrationsauftrag erstreckt sich damit wesentlich

---

[129] *Michael Bothe* Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54 (1995), 34; siehe auch die Nachweise in Fn. 131.

[130] Ausf. zu diesem Grundrecht *Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl (Fn. 32), 99 ff. Die Belange der Allgemeinheit und der Kinder und Jugendlichen dürfen allerdings nicht ohne Weiteres als identisch gedacht werden, vgl. *Friederike Wapler* Kinderrechte – eine Aufgabe für den Gesetzgeber?, in: Bettina Heiderhoff/Anne Röthel (Hrsg.) Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, 2018, 45 (69 ff.).

[131] Siehe hierzu schon *Ekkehard Stein* Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967, 42; *Armin Dittmann* Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54 (1995), 47 (57). Im philosophischen Diskurs wird dieser Gedanke unter dem Stichwort „Recht auf eine offene Zukunft" diskutiert, vgl. *Joel Feinberg* The Child's Right to an Open Future (1980), in: ders. Freedom and Fulfilment. Philosophical Essays, 1992, 76–97, und dazu *Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl (Fn. 32), 411 ff. m.N.

[132] Vgl. *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 5, der schulische Erziehung u.a. als Auftrag versteht, das Hineinwachsen in den „freien Bürgerstatus" zu ermöglichen; s.a. ebd. Rn. 78: „Alle konkreten Erziehungsziele, die notwendig immer auch Anpas-

auf Angebote gleichberechtigter Teilhabe und die Eröffnung von Perspektiven und Lebenschancen.[133] Daneben bleibt es wichtig, in der Schule demokratische Toleranz und Konfliktlösungskompetenzen zu stärken sowie die Grundentscheidungen der Verfassung für ein respektvolles Zusammenleben in Freiheit und Gleichheit zu vermitteln.[134]

3. *Partizipation*

Das Zusammenleben in der pluralistischen Gesellschaft ist nach alledem keine Frage substanzieller Gleichheit, sondern im Wesentlichen eine der politischen Praxis, die durch die Freiheits- und Gleichheitsrechte des Grundgesetzes und die Regeln der demokratischen Meinungs- und Entscheidungsbildung in ihren wesentlichen Zügen vorgegeben ist.[135] Geht es bei der schulischen Integration aber primär darum, eine regelgeleitete Praxis zu erlernen, so müssen soziale Vielfalt, die Auseinandersetzung um Glaubenssätze und Werthaltungen, das Streiten und der Kompromiss sowie die Regeln demokratischer Auseinandersetzung im Schulalltag erfahrbar werden. Dies geht am besten über partizipatorische Strukturen, die im Übrigen auch grundrechtlich geboten sind: Das Recht des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit verlangt, seine wachsende Bereitschaft und Fähigkeit zur Selbstbestimmung anzuerkennen.[136]

---

sungsdruck erzeugen, sind legitim nur vor dem Grundsatz, sozial befähigte und innerlich freie Bürger auf den Weg zu bringen."

[133] Zur Bedeutung der Gleichbehandlung in der Bildung für die Wahrung der freiheitlichen Ordnung schon *Hufen* Gleichheitssatz (Fn. 31), 190 f.

[134] Zu Demokratieerziehung und „Pluralismuskompetenz" als schulischen Aufgaben *Bothe* VVDStRL 54 (Fn. 129), 7; zur wachsenden Bedeutung der Integrationsaufgabe angesichts zunehmender Ausdifferenzierung der Gesellschaft s. *Jestaedt* HStR VII (Fn. 112), § 156 Rn. 94; *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 59; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 7 Rn. 41; zu staatlichen Kompetenzen, außerschulische politische Bildung zu fördern, *Friedhelm Hufen* Politische Jugendbildung und Neutralitätsgebot, RdJB 2018, 216–221; zu den Zielen politischer Bildung in der pluralistischen Gesellschaft auch *Fraenkel* Möglichkeiten und Grenzen (Fn. 6), 267 f. Kritisch zu weitergehenden materialen schulischen Erziehungszielen *Frankenberg* Republik (Fn. 69), 89 ff., 142; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 7 Rn. 59.

[135] Vgl. *Kluth* Migration und ihre Folgen (Fn. 111), D 49: „Es geht bei Integration nicht in erster Linie um staatliches Handeln, sondern um gesellschaftliche Verständigungsprozesse […]."

[136] Schülerinnen und Schüler im schulischen Alltag an Entscheidungen alters- und reifeangemessen zu beteiligen, ist vor dem Hintergrund des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit keine „Paradoxie" (so aber *Wißmann* in: Bonner Kommentar [Fn. 82], Art. 7 Rn. 76), sondern eine selbstverständliche Folge ihrer Grundrechtsträgerschaft, die sich nicht durch den Verweis auf ein nicht näher definiertes „Kindeswohl" relativieren lässt (so aber wohl *Bader* in: Umbach/Clemens [Fn. 46], Art. 7 Rn. 67). Vgl. zu dem dynamisch

VII. Schlusswort

Die gestrige Diskussion im Arbeitskreis „Verwaltung“ veranlasst mich zu einem Schlusswort, das mich von meinem Thesenpapier ein wenig wegführt. Die Gespräche haben deutlich gemacht, dass Schule kein Ort außerhalb der Gesellschaft ist, in dem Integration quasi unter Laborbedingungen stattfinden kann. Wir beobachten im Bildungssystem an vielen Orten eine Segregation der Milieus, die wesentlich auf legitimen Freiheitsgebrauch von Eltern und Schülern zurückgeht, der Integration jedoch nicht dient.[137] Auch hier ist also eine Spannung angelegt, die sich nicht einfach auflösen lässt. Wenn wir über Bildung als Integrationsfaktor sprechen, müssen wir diese Verstricktheit in gesellschaftliche Strukturen mitbedenken und dürfen die Realitäten, mit denen Schule konfrontiert ist, nicht aus den Augen verlieren. Es gilt darum auch hier, Mechanismen der Selbstreflexion und Fremdkontrolle in das institutionelle Gefüge einzubauen.[138] Diese Notwendigkeit, die eigenen Praktiken immer wieder zu prüfen und für neue Entwicklungen zu öffnen, ist der tiefere Grund dafür, Integration als einen gesamtgesellschaftlichen und dauerhaften Aushandlungsprozess zu verstehen.

---

wachsenden Recht auf Selbstbestimmung BVerfGK 9, 274 (281); BVerfGK 10, 519 (524); BVerfGK 15, 509, juris Ziff. 19; *Christian von Coelln*, in: Michael Sachs (Hrsg.) GG, 8. Aufl. 2017, Art. 6 GG Rn. 70; *Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl (Fn. 32), 530 ff.; *dies.* Kinderrechte in das Grundgesetz?, in: Sachverständigenkommission 15. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.) Materialien zum 15. Kinder- und Jugendbericht, 2017, 30 f.

[137] Krit. im Hinblick auf die Bildungsrechte von Kindern und Jugendlichen *Jens Kersten* Segregation in der Schule, DÖV 2007, 50–58.

[138] Zu Gestaltungsmöglichkeiten des Verwaltungsrechts *Christine Langenfeld* Aktivierung von Bildungsressourcen durch Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 40 (2007), 347–381.

Leitsätze der 2. Referentin über:

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und juristischen Diskurses

I. Einführung

Leitfrage: *Wie kann es gelingen und was kann das Recht dazu beitragen, dass sich die Menschen in einer vielfältigen Gesellschaft als Gleiche begegnen können?*

II. Gleichheit und Differenz als Mittel zur Ordnung von Vielfalt

(1) Gleichheit wird „angesichts von Vielfalt" bestimmt. Der Begriff bezeichnet ein Verhältnis mehrerer Gegenstände, die hinsichtlich einiger Merkmale übereinstimmen, ansonsten aber verschieden sind.

(2) Der Begriff der Gleichheit steht nicht im Gegensatz zu Vielfalt, sondern zu Verschiedenheit (Differenz). Der begriffliche Gegensatz zu Vielfalt ist Gleichförmigkeit (Homogenität).

III. Gleichheit in Freiheit

1. Das „abstrakte Individuum" als Ausgangspunkt liberaler politischer Philosophie

(3) Die liberale Annahme der Gleichheit aller Menschen abstrahiert von faktischen Unterschieden. Hinter ihr verbirgt sich kein gehaltvolles Menschenbild, sondern eine normative Setzung. Die Annahme ursprünglicher Gleichheit konstruiert das Verhältnis der Menschen als ein nicht-hierarchisches, aus dem ein Anspruch auf gegenseitige Achtung und die Anerkennung gleicher Freiheit und gleicher Rechte folgen.

2. Die Unvermeidlichkeit sozialer Vielfalt und widerstreitender Interessen

(4) Die Annahme gleicher Freiheit gibt dem Individuum das Recht, aus vorgegebenen sozialen Strukturen auszubrechen und einen anderen, eigenen Lebensplan zu verfolgen. Sie führt notwendig zu sozialer Vielfalt und sozialer Ungleichheit. Der universelle Gleichheitsanspruch gerät so in ein Spannungsverhältnis zu den Differenzen, die individueller Freiheitsgebrauch ermöglicht und erzeugt. Dieser Grundkonflikt kann nicht aufgelöst, sondern nur verhandelt und ausgestaltet werden.

3. Gleichheit vor dem Gesetz

(5) Die grundlegende Statusgleichheit verlangt nach allgemeinen Gesetzen, die für alle Mitglieder der politischen Gemeinschaft gleichermaßen gelten. Die formale Rechtsgleichheit macht tatsächliche und rechtliche Ungleichbehandlungen nicht per se unzulässig, sondern rechtfertigungsbedürftig.

(6) Gleichheitsrechte sind ein Instrument der Kritik: Wer ungleich behandelt wird und dies als ungerecht begreift, darf von der politischen Gemeinschaft eine sachliche Begründung erwarten. Das liberale Gleichheitsversprechen erlaubt, tradierte Strukturen in Frage zu stellen und normative Leitbilder herauszufordern.

IV. Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln

(7) Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, ist ein klassischer Grundsatz sowohl der Gerechtigkeitstheorie als auch der Dogmatik der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze. Der philosophische und der juristische Diskurs treffen sich hier in besonderer Weise, müssen methodisch aber dennoch unterschieden werden. Philosophische und rechtswissenschaftliche Überlegungen stehen in keinem Ableitungs-, sondern in einem Rechtfertigungszusammenhang.

(8) „Gleiches gleich zu behandeln" ist ein formaler Maßstab ohne Inhalt. Ihm lässt sich weder entnehmen, was gleich und was ungleich ist (deskriptive Ebene), noch, welche normative Relevanz den festgestellten Gemeinsamkeiten und Unterschieden zukommt (normative Ebene).

1. Gleichheits- und Ungleichheitsurteile

(9) Gleichheits- und Ungleichheitsurteile beruhen auf einem Vergleich von Gegenständen und Sachverhalten im Hinblick auf bestimmte Merkmale. Mit der Bildung von Vergleichsgruppen wird die Vielfalt der Wirklichkeit nach bestimmten Zwecken kategorisiert. Je tiefer Lebensverhältnisse strukturell in die politische und soziale Ordnung eingelassen sind, desto stärker werden sie als „natürlich" oder aus anderen Gründen unabänderlich betrachtet und verteidigt. Hinter diesen Annahmen können sich indes historisch bedingte Privilegien, unhinterfragte Normalitätsvorstellungen und andere „blinde Flecken" der Wahrnehmung verbergen.

2. Die Bedeutung des Rechts für Gleichheits- und Ungleichheitsrelationen

(10) Das Recht ist über generalisierende Regeln und institutionelle Arrangements wesentlich an der Entstehung und Stabilisierung gleichheitsrelevanter Kategorien beteiligt. Gleichheitsrechte machen es möglich, sich gegen freiheitsbeschränkende Fremdzuschreibungen zu wehren. Sie dienen keiner intrinsisch wertvollen Gleichheit, sondern gewährleisten wechselseitige Achtung und gleiche Freiheit.

(11) Auslegung und Anwendung der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze erfordern einen kritisch-reflexiven Blick auf etablierte Rechtfertigungsstrategien. Rechtswissenschaft muss die Leitbilder, die das Recht transportiert, hinterfragen und mit rechtstatsächlichen Erkenntnissen abgleichen. Die Auslegung des Rechts darf seine faktischen Wirkungen nicht ignorieren.

(12) Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze erschöpft sich nicht in der Abwehr formaler Ungleichbehandlungen. Im Gegenteil sind sie darauf gerichtet, formale Gleichheit praktisch durchzusetzen (materiale Gleichheit). Die Gleichheitssätze des Grundgesetzes verbieten darum nicht, Menschen oder soziale Gruppen mit dem Ziel ungleich zu behandeln, gleichen Freiheitsgebrauch zu ermöglichen.

V. Die Realisierung gleicher Freiheit

1. Sozialstaatsprinzip und politische Gestaltungsspielräume

(13) Das Grundgesetz hebt den Gedanken der sozialen Gerechtigkeit im Sozialstaatsprinzip in den Rang eines Verfassungsgrundsatzes, sagt aber wenig darüber aus, nach welchen Kriterien Güterverteilung in der Praxis stattfinden soll. Entscheidungen darüber, welche Ressourcen für die soziale

Ordnung relevant sind, ob sie Gegenstand gesellschaftlicher Verteilungsprozesse sein sollen oder nach welchem Modus sie zu verteilen sind, fallen in den politischen Gestaltungsspielraum.

(14) Die politische Gestaltungsmacht findet ihren Rahmen in den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der grundlegenden Gleichrangigkeit aller Menschen (formale Gleichheit), dem Vorrang ihrer freien Lebensentscheidung vor paternalistischer Fremdbestimmung (Freiheit) sowie ihrem Recht auf Mitwirkung an den öffentlichen Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozessen (Partizipation).

2. Tendenzen: der Gedanke der gleichberechtigten Teilhabe

(15) Die aktuelle Debatte um gleichberechtigte Teilhabe und eine inklusive Gesellschaft beruht auf einer modernen Reformulierung des liberalen Gleichheitsversprechens: Inklusion steht für den Gedanken, jedes Individuum in seiner Besonderheit als gleichwertig anzuerkennen. Dieser Gedanke wird mit einer Gerechtigkeitskonzeption verbunden, die auf Teilhabe abzielt und sich damit wesentlich auf Chancen, Zugänge und Kompetenzen für die selbstbestimmte Lebensgestaltung konzentriert.

3. Konkretisierung: gleichberechtigte Teilhabe an der Ressource „Bildung“

(16) Inklusion und Teilhabe sind keine Verfassungsbegriffe, sondern politische Strategien oder Ziele, die sich nicht zwingend aus dem Grundgesetz ergeben. Eine völkerrechtliche Staatenpflicht, diese Ziele im nationalen Recht umzusetzen, ergibt sich aber für Menschen mit Behinderungen aus der UN-Behindertenrechtskonvention. Sie verpflichtet Deutschland u.a., ein inklusives (bzw. nach – streitiger – amtlicher deutscher Übersetzung: „integratives“) Bildungssystem zu schaffen (Art. 24 Abs. 1 BRK).

(17) Mehr als andere Menschenrechtskonventionen verkörpert die Behindertenrechtskonvention die kritisch-reflexive Dimension der Gleichheitsrechte. Sie erwartet von den Vertragsstaaten, über Normen, institutionelle Arrangements und Praktiken nachzudenken, die Menschen in ihrer Entfaltung behindern („Barrieren“, Art. 1 UAbs. 2 BRK), und diese durch „angemessene Vorkehrungen“ (Art. 2 UAbs. 4, 5 Abs. 3 BRK) zu beseitigen.

(18) Das Ziel der gleichberechtigten Teilhabe berührt verschiedene Dimensionen von Freiheits- und Gleichheitsrechten des Grundgesetzes. Die Normen der Behindertenrechtskonvention sind bei der Auslegung dieser Grundrechte im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu berücksichtigen.

(19) Ein allgemeines Recht auf gleichberechtigten Zugang zu vorhandenen staatlichen Einrichtungen i.S.e. derivativen Teilhaberechts ergibt sich für alle Menschen schon aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bzw., wenn gleichberechtigter Zugang aufgrund eines Merkmals nach Art. 3 Abs. 2, 3 GG verweigert wird, aus den besonderen Diskriminierungsverboten.

(20) Das „Fehlen angemessener Vorkehrungen" für den gleichberechtigten Genuss der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist nach Art. 2 UAbs. 3 BRK als Diskriminierung einzuordnen. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Grunde nach anerkannt, dass eine gleichheitsrechtsrelevante Benachteiligung auch nach dem Grundgesetz (hier: Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG i.V.m Art. 6 Abs. 2 S. 1, 2 Abs. 1 GG) in fehlender Förderung liegen kann, hat dies jedoch unter einen weitreichenden Zumutbarkeitsvorbehalt gestellt (BVerfGE 96, 288). Im Hinblick auf die Staatenpflichten aus der UN-BRK bedarf die Frage, zu welchen Anstrengungen das Gemeinwesen verpflichtet ist, um Benachteiligungen aufgrund gesellschaftlicher Barrieren zu beseitigen, neuer Evaluierung.

(21) Die „inklusive Schule" steht vor der Herausforderung, den allgemeinen Gleichheitsanspruch mit den Besonderheiten des Einzelfalls ins Verhältnis zu setzen. Die Probleme, die dabei zu beobachten sind, lassen sich als „Dilemma der Differenz", als „Dekategorisierungsproblem" und als „Ressourcen-Etikettierungsproblem" beschreiben. Die Inklusionsdebatte führt zwangsläufig zu der Frage nach einer freiheitsermöglichenden sozialen Infrastruktur.

VI. Zusammenleben in der vielfältigen Gesellschaft

1. Nochmals: Integration und Inklusion

(22) In jedem pluralistischen Gemeinwesen stellt sich die Frage, wie „angesichts von Vielfalt" Zusammenhalt und Verbindlichkeit entstehen und erhalten werden können, was eine Gesellschaft also integriert. Eine Gesellschaft ist integriert, wenn sich ihr die Mitglieder im Großen und Ganzen zugehörig fühlen sowie bereit und fähig sind, friedlich zusammenzuleben und ihre Angelegenheiten demokratisch auszuhandeln. Integration betrifft die gesamte Bevölkerung und ist ein dauerhafter Prozess.

2. Konkretisierung: der schulische Integrationsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG)

(23) Das Bildungswesen ist ein exemplarischer Schauplatz für den gesellschaftlichen und rechtlichen Umgang mit Vielfalt auch im Hinblick

auf gesellschaftliche Integration. Der aus Art. 7 Abs. 1 GG abgeleitete Integrationsauftrag der Schule wird als wesentliche Voraussetzung für das Fortbestehen des freiheitlichen und demokratischen Gemeinwesens verstanden, bleibt in seiner konkreten Ausgestaltung allerdings eher vage und wird von dem empirischen Wissen über die mangelnde soziale Durchlässigkeit des deutschen Bildungssystems bisher zu wenig irritiert.

(24) Die pluralistische Gesellschaft ist kein problematisches Minus zu einer homogenen Gemeinschaft, sondern notwendige Bedingung einer freiheitlichen Gesellschaft. Insofern muss auch das Bildungswesen vielfältigen Lebensweisen Raum geben. Der Pluralismus im Bildungswesen ist nicht nur Rechten der Eltern geschuldet, für ihr Kind den Ausbildungsweg zu bestimmen (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), sondern gerade auch um der Rechte der Kinder willen geboten. Das Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit ist nicht auf den Erwartungs- und Erfahrungshorizont seiner Eltern begrenzt.

(25) Der Integrationsauftrag umfasst im Licht der Grundrechte von Kindern und Jugendlichen vor allem die Aufgabe, ihnen die vielfältigen Lebensentwürfe in der Gesellschaft als gleichrangige Möglichkeiten für ihre Zukunft vorzustellen, und sie zu befähigen, in der Auseinandersetzung mit anderen eine eigene Haltung zu entwickeln, anderen Lebensweisen, Religionen und Weltanschauungen tolerant zu begegnen und Konflikte friedlich zu lösen.

3. Partizipation

(26) Geht es bei der schulischen Integration primär darum, eine regelgeleitete Praxis zu erlernen, so müssen soziale Vielfalt, die Auseinandersetzung um Glaubenssätze und Werthaltungen, das Streiten und der Kompromiss sowie die Regeln demokratischer Entscheidungsfindung im Schulalltag erfahrbar werden. Hierzu bedarf es partizipatorischer Strukturen, die im Übrigen auch grundrechtlich geboten sind: Das Recht des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit verlangt, seine wachsende Bereitschaft und Fähigkeit zur Selbstbestimmung anzuerkennen.

(27) Erwachsene Bürger darf der Staat nicht erziehen. Umso wichtiger ist es, Integration als einen kontinuierlichen Aushandlungsprozess zwischen gleichberechtigten Bürgern zu verstehen – unter den für alle geltenden Regeln und nach den für alle offenstehenden Verfahren der Verfassung.

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses

Ute Sacksofsky: Zum Thema „Vielfalt und Gleichheit“ hoffe ich natürlich, dass die Beiträge vielfältig sind. Die Zahl spricht dafür, dass es jedenfalls viele sind und von inhaltlicher Vielfalt kann man vermutlich auch ausgehen. Neben der Vielfalt ist aber auch die Gleichheit nicht zu vergessen, sie bedeutet hier: Die gleiche Redezeit für alle und die liegt angesichts der Anzahl der Beiträge bei drei Minuten. Auf diese Zeit werde ich also die Ampel einstellen, sodass Sie Ihr potentielles Co-Referat vielleicht gedanklich etwas kürzen. Ich habe versucht, aus den Stichworten eine mir sinnvoll scheinende Reihenfolge herzustellen. Wenn das nicht gelungen ist oder ich Ihr Stichwort falsch interpretiert habe, bitte ich um Entschuldigung. Es wird fünf Blöcke geben: Wir werden uns mit zwei Bemerkungen zum Verhältnis beider Referate beschäftigen, dann kommt eine Vielzahl von Diskussionsbeiträgen zu den Grundfragen von Gleichheit und Gleichbehandlung. Im dritten Teil werden wir uns auf demokratiebezogene Themen einstellen, sodann künstliche Intelligenz, Algorithmen und als letzten Bereich Schule und das Eltern-Kind-Verhältnis behandeln. Wir beginnen mit Beiträgen zum Verhältnis beider Referate.

Paul Kirchhof: Wir haben uns für zwei hochintellektuelle Referate zu bedanken, die sich allerdings in der Offenheit für das Gesetz, in der Offenheit für die Freiheit und in der Offenheit für die Realität grundlegend unterscheiden. Deswegen möchte ich zu diesen drei Grundlagen der Gleichheit etwas sagen.

Art. 3 garantiert nicht die Gleichheit aller Menschen, sondern die Gleichheit vor dem Gesetz. Das Gesetz ist das Unterscheidungsinstrument des Staats. Jeder Gesetzestatbestand schafft typisierend Vergleichsgruppen, denen er unterschiedliche Rechtsfolgen zuspricht. Der Eigentümer darf sein Eigentum betreten, der Nichteigentümer nicht. Der Schuldige wird bestraft, der Unschuldige bleibt straffrei. Der Störer muss etwas unterlassen, der Nichtstörer behält seine Freiheit. Das Gesetz stellt nicht für Jedermann die gleiche Rechtsfolge her. Müssten der Bettler und der Millionär die glei-

che Einkommensteuer bezahlen, wäre dies offensichtlich gleichheitswidrig. Wenn zwei Todkranke jeweils vier Einheiten eines Medikaments zu ihrer Rettung benötigen, aber nur sechs verfügbar sind, erhält nicht jeder drei Einheiten, sondern wir retten den Einen mit vier Medikamenten. Die Gleichheitsbindung des Gesetzgebers fordert nicht dieselbe Rechtsfolge, sondern die aus einem sachlichen oder sonst wie einleuchtenden Grund gerechtfertigte Unterscheidung.

Frau *Wapler* betont – und das zurecht – die Gleichheit aller Menschen im Freiheitsrecht. Freiheit ist das Recht, sich von anderen zu unterscheiden, seinen Lebensweg unabhängig von dem anderer Menschen selbstbestimmt zu gehen. Der Eine schreibt Bilanzen, wird deshalb reich an Geld. Der Andere schreibt Gedichte, wird deshalb reich an Versen. Wenn diese beiden Menschen ihre Biographie folgerichtig fortsetzen, wird der Unterschied zwischen ihnen immer größer. Das ist freiheitlich gerechtfertigt, weil es von dem Freiheitsberechtigten so gewollt ist. Der Staat hat die Verschiedenheiten dank Freiheit zu achten, muss allerdings auf eine Gleichheit in den Freiheitsvoraussetzungen hinwirken.

Gleichheit trifft auf die reale Verschiedenheit der Menschen, die in ihrer Ähnlichkeit oder Verschiedenheit erlebt werden. Wenn das Gesetz an den Unterschied zwischen jung und alt die Vertragsfähigkeit, das Wahlrecht, die Qualifikation zu bestimmten Berufen und schließlich das Rentenrecht knüpft, nehmen die Menschen diese Verschiedenheiten hin, weil sie bei einer normalen Biographie alle Stationen dieser menschlichen Entwicklung selbst durchschreiten werden. Beim Unterschied zwischen arm und reich hingegen fordern wir mehr sachgerechte Differenzierungen – der Reiche zahlt Einkommensteuer, der Arme erhält Sozialhilfe, richten den gleichheitsgeprägten Blick aber auf die Voraussetzungen von Armut und Reichtum und bemühen uns um eine Angleichung. Wenn der Deutsche in Deutschland, der Ausländer in seinem Heimatland wählen darf, anerkennen wir Kulturunterschiede als gleichheitserheblich. Gleichheit nimmt reale Verschiedenheiten „realitätsgerecht“ auf, beobachtet sie in ihrer Entwicklung (Gleichheit in der Zeit), würdigt sie individuell in Auseinandersetzung mit dem Betroffenen (rechtliches Gehör) und sichert eine Teilhabe an Gemeinschaft und Freiheit.

Uwe Volkmann: Ich möchte etwas zum Verhältnis beider Referate sagen. Ich fand sie deshalb so interessant, weil sie sich so prima ergänzt haben in ihrer Gegensätzlichkeit, und das meine ich nicht nur deshalb, weil beide Referenten auch die Themen beackert haben, zu denen sie schon immer einmal bei einer solchen Gelegenheit etwas sagen wollten, *Friederike Wapler* etwa zur Bildung und *Steffen Augsberg* zu den Tieren. Sondern beide gehen von unterschiedlichen Grundkonzepten aus, die sich in unterschied-

lichen Grundbegriffen zusammenfassen lassen. Bei *Friederike Wapler* ist dies der Grundbegriff der Inklusion, früher Integration, und bei *Steffen Augsberg* ist es der Begriff der Differenz oder sogar Differenz-Differenz, wie es an einer Stelle hieß. Und diese unterschiedlichen Grundverständnisse muss man ja nun irgendwie zueinander in Beziehung setzen. Inklusion heißt, es müssen alle irgendwie dabei sein, wenn auch jeder auf seine Weise, aber die Gesellschaft braucht auch Räume und Orte, wo alle auch mal zusammenkommen. Differenz heißt, jeder bleibt für sich, aber alle kommen irgendwie zurecht. Und dem entspricht natürlich jeweils ein unterschiedliches Regel-Ausnahme-Verhältnis von Gleichheit und Ungleichheit, genauer von rechtfertigungsbedürftiger Gleichheit und rechtfertigungsbedürftiger Ungleichheit. Das ist die Fortführung älterer Debatten, die sich um Begriffe wie Gesellschaft oder Gemeinschaft, früher auch Homogenität oder Heterogenität rankten und heute etwa als Liberalismus/Kommunitarismus-Debatte geführt werden. Was mich aber jetzt interessieren würde, ist die Frage, welches von beiden ist denn jetzt eigentlich das richtige Konzept? Und als Verfassungsjuristen oder überhaupt erstmal Juristen können wir die Frage natürlich nur so stellen: Welches ist eigentlich das verfassungsnähere und welches ist das verfassungsfernere Konzept, welches lässt sich also mit der Verfassung eher in Verbindung bringen? Das ist eine Frage an beide Referenten, sie richtet sich aber, glaube ich, stärker an *Steffen Augsberg*, weil ich denke, dass bei ihm die Begründungslast größer ist, und das nicht nur in der Frage, ob auch die künstliche Intelligenz Gleichheitsansprüche oder vielleicht auch irgendwann die Menschenwürde geltend machen kann. Aber es zeigt sich dabei immer zweierlei: Erstens, wenn wir über Verfassungsbegriffe und Grundkonzepte der Verfassung wie Gleichheit und Demokratie reden, dann tun wir das notwendig von bestimmten theoretischen Vorannahmen aus, die in dieses Verständnis einfließen, und gerade darin hat *Hans Kelsen* eben doch Unrecht gehabt. Zum Zweiten scheint mir die Fokussierung auf die Demokratie, die beide Referenten am Ende vorgenommen haben, durchaus hilfreich, um eine Orientierung gerade in die Richtung vorzunehmen, die *Friederike Wapler* gewiesen hat: dass es nämlich neben allem, was uns trennt, doch auch eine Welt geben muss, die wir alle teilen und zu der der Abstand insgesamt nicht zu groß werden darf. Jetzt sehe ich doch das rote Licht und höre auf. Vielen Dank.

Ute Sacksofsky: Wir kommen damit zu dem Block, der sich mit Grundfragen von Gleichheit und Gleichbehandlung beschäftigt.

Matthias Mahlmann: Ich habe eine Frage, die anhebt mit einer Beobachtung, nämlich mit dem Gefühl, dass viele Debatten in der Vergangenheit von einer Prämisse ausgingen, dass gesichert ist, dass wir die grund-

legende Gleichwertigkeit von Menschen als Gesellschaft politisch als Selbstverständlichkeit durchgesetzt haben. Auf dieser Grundlage wurden dann Debatten geführt, wie man und in welcher Weise man das rechtlich ausbuchstabieren kann: durch Gleichheitssätze, durch Antidiskriminierungsrecht, durch positive Maßnahmen, angemessene Vorkehrungen, all dieses Instrumentarium, das in diesem Bereich existiert und strittige Felder der Auseinandersetzung um Gleichheit markiert. Mein Eindruck ist, dass diese Prämisse in der Gegenwart nicht mehr geteilt wird und dass das keine Marginalie ist, sondern eine Frage der Fortexistenz eines demokratischen Verfassungsstaates, nicht nur in Deutschland, sondern in Europa und auch darüber hinaus. Und deswegen wäre meine Frage, und ich würde die jetzt einfach mal, weil ich sie an irgendjemand richten muss, an Herrn *Augsberg* richten: Müssen wir nicht Rechenschaft ablegen über den Grund dieser Prämisse, die all unsere Überlegungen strukturiert? Sie haben gesagt: Gleichheit sei „aufgegeben". Von wem? Und was sind die Gründe dafür? Gleichheit sei sozial konstruiert, wahrscheinlich von uns; aber warum? Und ist dieses Konstruktionsziel einfach nur kontingent oder gibt es Gründe dafür, vielleicht sogar zwingende Gründe? Sie haben *Christoph Menke* zitiert und haben gesagt: Das autonome Subjekt ist nicht der Grund von subjektiven Rechten, sondern subjektive Rechte erzeugen das autonome Subjekt. Wirklich? Ist es nicht so, dass die Annahme autonomer Subjektivität ein zentraler Grund, ein zentraler Legitimationsgrund, dieser angenommenen Wertgleichheit von Menschen ist? Ist die Annahme, dass man, wenn man subjektive Rechte beseitigt, auch die autonome Subjektivität beseitigt, nicht eine Art Tagtraum autoritärer Regime? Müssen wir uns also nicht in einer tieferen Dimension um das bemühen, was eine der nicht rechtlichen Voraussetzungen von Verfassungsstaatlichkeit ist, nämlich diese Annahme der Wertgleichheit von Menschen, um sie zu stärken? Mich würde einfach sehr interessieren, wie man das aus Ihrer Sicht sehen soll. Und meine Frage ist, ob nicht vielleicht *Leibniz*, der einmal gesagt hat, dass Gerechtigkeit nicht unsere Erfindung ist, vielleicht etwas Richtiges getroffen hat und man dem vielleicht in verwandelter Form zustimmen kann, auch wenn man kein perfektionistischer Naturrechtstheoretiker ist?

Ute Sacksofsky: Vielen Dank. Ich vergaß beim Einstieg anzukündigen, dass ich Zwischenrufe nicht nur zulasse, sondern ermuntere, damit wir mehr in eine echte Diskussion kommen. Zwischenrufe müssen aber wirklich sehr kurz, pointiert und am besten auch noch witzig sein.

Ulrich Jan Schröder: Das ist die erste Tagung der Vereinigung, auf der der Gleichheitssatz im Zentrum steht und auf der nicht zumindest einer der Berichterstatter in affirmativer Weise auf staatliche oder verfassungs-

geschichtliche Entwicklungen Bezug genommen hat. Das war vor 30 Jahren *Reinhold Zippelius*, der aus der Entwicklung des Sozialstaats und auch aus einer kleinen historischen Tour d'Horizon den Verfassungsauftrag des Staates ableitete, auch tatsächliche Ungleichheiten nach Möglichkeit zu relativieren und zu verringern. Das war 1926 der hier mehrfach genannte *Erich Kaufmann*, der wirklich aus einem historischen und kulturgeschichtlichen Parforceritt heraus naturrechtliche Folgerungen ableitete. Damals für die ganz dringenden Fragen, ob überhaupt der Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden war und welche gerichtliche Kontrollbefugnis für die Einhaltung des Gleichheitssatzes bestand. Da war Naturrecht übrigens auch ein Platzhalter für eine historische Logik, die *Erich Kaufmann* in der Entwicklung des Staates und der staatlichen Umsetzung des Gleichheitssatzes sah. Warum stellt man heute diese historischen und rechtstatsächlichen Bezüge nicht in vergleichbarer Weise her? Das ist die Frage, die sich mir gestellt hat, und da könnte es einmal sein, dass die grundlegenden Fragen des Gleichheitssatzes vielleicht doch geklärt sind oder aber nicht offen diskutiert werden; oder es kann sein, dass wir glauben, dass unsere pluralistische Gesellschaft, unsere Einwanderungsgesellschaft, all die Besonderheiten, die uns vor das Dilemma der Vielfalt und der Gleichheit stellen, beispiellos sind und ohne historischen Vorläufer. Gegen solche Annahmen melde ich Zweifel an. Ein dogmatischer Punkt, der mir dazu einfällt, ist die Drittwirkung der Gleichheit, die ja in der Bundesrepublik, in der jungen Bundesrepublik, ganz maßgeblich durch *Hans Carl Nipperdey* entwickelt wurde. Und der hat 1920 in der veröffentlichten Fassung seiner Habilitationsschrift über Kontrahierungszwang und diktierten Vertrag geschrieben und hatte ohne den verfassungsrechtlichen Hintergrund, weil der damals nicht diese Bindungswirkung für den Gesetzgeber hatte, auch angenommen oder dargestellt, wie stark der soziale Tropfen Öl ist, den die Gleichheit in Privatrechtsverhältnisse gießt. Und über Drittwirkung müssen wir uns ja auch heute noch unterhalten, wenn es darum geht, wie zwischen Privaten Gleichheit herzustellen ist. Es gibt also historische Vorläufer, und deswegen lohnt es sich eigentlich auch, einen historischen Bogen zu schlagen. Dankeschön.

Christoph Engel: Herr *Augsberg* hat uns in die glitzernde Welt des Machine Learning geführt. Ich möchte ihm dahin folgen, weil ich glaube, dass uns ein Aufenthalt in dieser Welt hilft, unser normatives Problem schärfer zu sehen. Unter den Machine Learnern gibt es im Moment eine lebhafte Auseinandersetzung über das Design von Algorithmen. Da stehen auf der einen Seite Algorithmen wie Neuronale Netze, die in den meisten Zusammenhängen die beste Prädiktionskraft haben. Auf der anderen Seite stehen die klassischen Classification Algorithms, die eine etwas schlechtere

Prädiktionskraft haben, dafür aber sehr leicht zu erklären sind. Es ist also ein Streit zwischen Prognosekraft einerseits und Erklärbar- oder Verstehbarkeit andererseits.

Wie kann uns das helfen? Ich denke, wir haben heute jedenfalls in dem Referat von Herrn *Augsberg* viel darüber gehört, dass Klassifikationen als Mittel eingesetzt werden, als Mittel um Entscheidungen zu fällen, sei es auf staatlicher Seite, sei es durch private Akteure, die potenziell Freiheitsräume von Individuen beschränken. Und diese Beschränkung ergibt sich typischerweise daraus, dass man, selbst wenn man den besten Algorithmus einsetzt, am Ende nur das Maß der Unsicherheit vermindert hat. Man gelangt nicht zu vollständiger Sicherheit. Man muss dann eine normative Entscheidung fällen, die uns aus dem Strafprozess wohl vertraut ist. Ist es besser, jemanden, der es nicht gewesen ist, zu verurteilen, oder jemanden, der es gewesen ist, laufen zu lassen? Diese beiden Irrtümer, die man machen kann, werten wir normalerweise nicht gleich stark, sondern wir haben, was diese Community eine Confusion Matrix nennt. In dieser Confusion Matrix haben wir eine normative Entscheidung versteckt. Diese normative Entscheidung ist das Problem. Wir wollen Menschen davor schützen, dass sie einfach nur, weil einer der beiden Fehler demjenigen, der diese Information hat, problematisch erscheint, in eine Kiste gesteckt werden, obwohl sie selber eigentlich gar keinen Anlass zu solch einer Entscheidung geben. Das hilft uns, glaube ich, noch ein Stückchen weiter zu verstehen, worin das normative Problem von Stereotypisierung besteht. Es besteht darin, dass ein sehr leicht zugängliches Signal dafür verfügbar ist, das diese Einschränkung von Freiheitsräumen erlaubt.

Diese eine Seite kontrastiert aber mit einer völlig anderen Verwendung der Frage, nämlich: „Habe ich als Rechtsordnung das normative Anliegen, dem Individuum zu erlauben, sich selbst zu klassifizieren und sich nicht von Dritten klassifizieren zu lassen?“ Dann geht es nicht mehr darum, dass Klassifikation ein Mittel ist, sondern darum, dass ich durch eine bestimmte Konstruktion meines Selbst meine Identität definiere und mir nicht von anderen meine Identität vorschreiben lassen möchte. Ich glaube, diese Unterscheidung wäre hilfreich.

Josef Isensee: Die Prämisse aller Probleme, über die wir hier sprechen, ist in der mittelalterlichen Philosophie auf eine kurze Formel gebracht worden: Individuum est ineffabile. Das Wesen des Individuums lässt sich nicht erschöpfend auf Begriffe bringen. Definieren lässt sich nur die Gattung, der das Individuum angehört und die Gattung wird auf einzelne Merkmale abstellen. Das Individuum an sich entzieht sich. Es ist eine Fülle von Merkmalen. Jedes Individuum ist auf seine Art behindert und jedes Individuum ist auf seine Art begabt, geneigt oder abgeneigt und daraus ergeben sich die

Schwierigkeiten für die rechtliche Behandlung. Das Recht muss oft mit allgemeinen Begriffen arbeiten und das Gesetz als allgemeines Gesetz seine Legitimität behalten und verpflichtet zur Durchführung sind Institutionen. Und unter diesem Gesichtspunkt ist es natürlich schlechthin ein Ding der Unmöglichkeit, dass es eine Staatspflicht gibt, jede Behinderung zu kompensieren. Das kann auch keine Verfassung der Welt vorschreiben. Schon deswegen, weil die Notwendigkeit der allgemeinen begrifflichen Gesetze besteht und schon deswegen, weil der Vorbehalt des Möglichen besteht. Und deswegen ist, um eben doch schon vorzugreifen auf das Thema Schule, es nicht möglich, jedem individuellen Schüler Genüge zu tun, ja es muss geradezu auch eine Forderung der Allgemeinheit geben, die sich natürlich in unterschiedlicher Weise durchsetzt. Schon der Sportunterricht zeigt das, die körperliche Bewegungsfreiheit des Gelähmten ist ja nur ein relativ evidenter Fall. Es ist also im Grunde keine Erlösung aus dem Dilemma der Individualität möglich und die Grundspannung zwischen dem allgemeinen Recht und der vorgegebenen, zu respektierenden Individualität ist unauflösbar. Der Verfassungsstaat zeichnet sich dadurch aus, dass er diese Spannung und damit seine eigene Unvollkommenheit zugibt.

Markus Kotzur: Ich darf an die Frage nach den Prämissen anknüpfen, wie sie Herr *Mahlmann* formuliert. Herr *Augsberg* hat uns Vielfalt und Gleichheit als soziale Konstruktion, als soziale Konstrukte vorgeführt, und auch Frau *Wapler* arbeitet mit einem sozialen Konstrukt, dem Konstrukt der Zugehörigkeit, heruntergebrochen auf konkrete Inklusionsfragen. Der Fragen-Horizont, der sich damit eröffnet: Warum wählen wir diese sozialen Konstrukte? Eine denkbare Antwort könnte im Begriff der Anerkennung liegen und damit verbindet sich meine Frage. *Axel Honneth* hat jüngst ein vielbeachtetes Buch über diese sozialphilosophische Grundfrage vorgelegt. Er hat das vor demselben Hintergrund getan, vor dem auch wir diskutieren: Dass Menschen, die sich nicht anerkannt, sich sozial abgehängt fühlen, von den Anderen, vor allem von den Eliten nicht respektiert, zu Populismen, zu Radikalisierungen neigen. *Honneth* geht von dem Grundgedanken aus, dass Anerkennung als Bewusstsein reziproker Abhängigkeit die Grundbedingung jeder funktionierenden politischen Gemeinschaft ist. Meine Frage an Sie beide: Welche Rolle spielt Anerkennung für die sozialen Konstrukte, die Sie uns vorgestellt haben? Kann Anerkennung genutzt werden, um einen gleichen Anspruch jedes Individuums auf die Anerkennung der vielfältigen Lebensformen aller anderen Individuen zu formulieren?

Philipp Reimer: Mich interessiert ein Begriffspaar, das für beide Referate grundlegend ist. Bei Frau *Wapler* ist es etwas stärker ausbuchstabiert worden: und zwar neben der Gleichheit auch die Gleichbehandlung. Während

in den philosophischen und politischen Debatten die Gleichheit doch stark im Vordergrund zu stehen scheint, kommt die Gleichbehandlung immer recht technisch daher. Ich möchte aber anregen, diese Differenzierung doch fruchtbar zu machen und würde gerne ein, zwei Stichworte in den Raum stellen zu der unterschiedlichen Rolle, die diese Konzepte im juristischen Diskurs spielen können. Auf der einen Seite: Gleichbehandlung kann man ganz gut erfassen als Rechtsfolge von Gleichheitssätzen. Das ist das, was passieren soll, das ist das, was die verfassungsrechtlichen und auch die einfachgesetzlichen, etwa im AGG enthaltenen Gleichheitssätze vorschreiben. Unter bestimmten Voraussetzungen soll ein Staatsorgan, ein Privater gleich behandeln. Das andere Konzept, Gleichheit, würde ich gerne etwas differenziert sehen, wenn es in unseren Diskursen vorkommt. Ich versuche, vier Punkte ganz kurz zu skizzieren. Erstens: Gleichheit erscheint meines Erachtens nicht selbst als Rechtsfolge in Normen, weil sie selbst kein Verhalten ist, sondern ein Zustand. Zweitens: Gleichheit ist deswegen nicht Norminhalt, sondern politisches Ziel, das hinter gewissen Normen steht; Gleichheit dann im Sinne von „materiell gleich machen". Das würde ich als Auftrag zu begünstigenden Ungleichbehandlungen sehen, das wäre für mich der Standort von Affirmative Action im weitesten Sinne. Drittens: „Anerkennungsgleichheit" als politische Motivation. Als gleich ansehen, als gleich anerkennen, das scheint mir das zu sein, was als Regelungsidee, als verfassungstheoretische Ebene, hinter den Gleichbehandlungsgeboten, den eigentlichen Gleichheitssätzen, steht. Und das ist dann die vierte Dimension: Gleichheit als Tatbestandsmerkmal, nicht auf Rechtsfolgenebene, sondern als das, wofür ein positivrechtlicher Gleichheitssatz konkrete Gleichbehandlung vorschreibt. Und da stellen sich dann positivrechtlich Fragen, wie sie Herr *Augsberg* so spannend skizziert hat: ob man Tiere und Roboter einbezieht. Aber auch diesseits dessen stellen sich bei dieser Dimension immer noch Anwendungsschwierigkeiten, auch nach Jahrzehnten Grundgesetz: Ob etwa bei Art. 3 Abs. 1 GG eigentlich Menschen mit juristischen Personen des öffentlichen Rechts verglichen werden können, scheint mir in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts immer noch eine offene Frage.

Gregor Kirchhof: Meine Anmerkungen zum Referat von *Steffen Augsberg* beziehen sich auf den normativen Ausgangspunkt. Die allgemeine Gerechtigkeitsidee der Gleichheit hast Du ebenso erörtert wie die Formeln des Bundesverfassungsgerichts, die den grundgesetzlichen Maßstab konkretisieren. Rechtlich aber ist die dazwischenliegende Schicht viel wichtiger, die kaum erwähnt wurde. Die Landesverfassungen, internationale Rechtstexte und das Grundgesetz regeln nicht eine abstrakte Gleichheit, sondern die Gleichheit vor dem Gesetz. Der gleichheitsrechtliche Ausgangspunkt des

Gesetzes weist viele Vorzüge auf, die bereits erörtert wurden. Er rückt insbesondere den besonderen Saal, in dem wir tagen, in den Mittelpunkt. Zunächst beschließt das Parlament in seinem verfassungsgebundenen Entscheidungsraum über das Gesetz. Das Parlamentsgesetz gibt dem Gleichheitssatz Inhalt und Orientierung. Bildlich gesprochen geht es um die Augenbinde der Justitia bei der Gesetzgebung und der Gesetzesanwendung. *Kant* hat betont, dass vor einem Einzelfallgesetz Gleichheit nicht möglich ist. Das Gesetz muss verallgemeinern, damit rechtliche Gleichheit gelingt. Die rechtliche Verallgemeinerung folgt aus sich heraus einer Rationalität und bewirkt eine normative Zurückhaltung, die Vielfalt sichert. Das Parlamentsgesetz verbindet die behandelten Schichten. Die Formeln des Bundesverfassungsgerichts gewinnen im Gesetz den maßgeblichen Ausgangspunkt. Schließlich dient ein Gesetz in der gelungenen Verallgemeinerung der Gerechtigkeit.

Die Gleichheit vor dem Gesetz – das ist meine erste Anmerkung zum Referat von *Friederike Wapler* – entlarvt das wiedergegebene Zitat, Gleichheit sei ein formaler Maßstab ohne Inhalt, als zu pointiert. Das Gesetz spendet die notwendigen Vorgaben. Zweitens erlaube ich mir, in den nächsten Themenblock vorzugreifen. Zu unterscheiden ist, welche Ausgangsvoraussetzungen nur erwünscht und welche von Verfassungs wegen zu garantieren sind. Frau *Wapler*, Sie haben sodann ganz zu Recht betont, dass die Schule zentraler Ort der Bildung und Integration ist. Über die notwendige Gewichtung gegenüber dem Erziehungsrecht der Eltern haben Sie aber kaum gesprochen. In Art. 6 Abs. 2 GG heißt es: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“ Es besteht die Gefahr, den Bildungs- und Integrationsauftrag der Schulen gegen die Elternverantwortung auszuspielen. Herzlichen Dank.

Stefanie Schmahl: Ich danke für zwei erhellende Referate zu dem faktisch wie normativ komplexen Thema „Gleichheit angesichts von Vielfalt“, die mir beide gut gefallen haben. Dennoch hat es mich ein wenig erstaunt, dass in beiden Referaten der autochthone Minderheitenschutz in Deutschland, nämlich der Schutz der anerkannten ethnischen Minderheiten (Friesen, Dänen, Sorben, Sinti und Roma), nicht in den Blick genommen worden ist. Kann nicht der autochthone Minderheitenschutz als gewichtiges Ausgangs- oder Paradebeispiel für den Schutz von Diversität und Differenz angesehen werden? Etwa gerade im Verhältnis zu den tendenziell gegenläufigen Integrations- und Inklusionstheorien oder gar zu möglichen Assimilierungsvorstellungen oder -ansprüchen? Und woher rühren Ihrer Ansicht nach die Differenzierungen zwischen den sogenannten „Neuen Minderheiten“ (etwa Deutschen mit türkischem oder polnischem Migrationshintergrund), die

zu integrieren sind, auf der einen Seite und den anerkannten autochthonen Minderheiten, denen besondere Schutz- und Freiräume, ja auch rechtliche Privilegien zuerkannt werden, auf der anderen Seite? Das würde mich interessieren. Vielen Dank.

Robert Uerpmann-Wittzack: Frau *Wapler*, Sie haben in Ihrem inspirierenden Vortrag darauf hingewiesen, dass wir ja bei Menschen mit Behinderungen mittlerweile von Inklusion sprechen, bei Migranten hingegen regelmäßig von Integration. Ich möchte doch auf die Brisanz dieser Unterscheidung hinweisen. Integration lässt sich so verstehen, dass Ungleiche in die Lage versetzt werden, in der Mehrheitsgesellschaft zu bestehen. Bei Inklusion hingegen geht es darum, auch die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen so zu verändern, dass der oder die Ungleiche an ihr teilhaben kann. Wenn wir nun davon ausgehen, dass Zuwanderung auch die aufnehmende Gesellschaft bereichert und das klang ja, jedenfalls am Rande, bei Ihnen, Herr *Augsberg*, an, dann könnte sich der Versuch lohnen, jedenfalls als Gedankenexperiment, das Migrationsfolgenrecht inklusiv zu denken und nicht integrativ. Das hätte zum Beispiel im Zweifel Auswirkungen auf die Frage, ob denn nun der Islam zu Deutschland gehört oder nicht – nur um die Brisanz der Fragestellung zu zeigen.

Simon Kempny: Ich greife die zuletzt erwähnte Brisanz der Fragestellung mit drei einleitenden Fragen auf, die sich an eine Beobachtung anschließen: Diese Vereinigung ist hochgradig *ex*klusiv. *Wollen* wir, *sollten* wir das ändern, sollten wir das ungewollt ändern *müssen*? – Nun aber zu den Referaten. Frau *Wapler* hat, meines Erachtens richtigerweise, ausgeführt – das ist These IV. 1 –, dass Gleichheitssätze uns vor die Aufgabe stellen, uns Vorverständnisse zu verdeutlichen und kritisch zu reflektieren. Sie spricht von blinden Flecken der Wahrnehmung. Insbesondere also wenn Ungleichheiten, Ungleichbehandlungen in der Gesellschaft sehr tief verwurzelt sind, dann neigen wir intuitiv dazu, von unvergleichbaren Dingen zu sprechen oder unvergleichbaren Lagen, die dann kraft herkömmlicher Dogmatik in einer Prüfung, beispielsweise des Art. 3 Abs. 1 GG, von vornherein nicht mehr rechtfertigungsbedürftig gestellt werden; sie werden ausgeschieden, bevor wir die Frage stellen. Und Frau *Waplers* Referat verstehe ich als Plädoyer – und das würde ich unterstreichen wollen –, dieses Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Gleichheit oder auch Vergleichbarkeit zu verabschieden, wie das auch zunehmend in jüngerer Zeit gefordert wird. Dieses Tatbestandsmerkmal ist ein Scheinmerkmal; es verschleiert Rechtfertigungsbedarfe. Und es zu verabschieden ertüchtigt die Gleichheitssätze, ihrem rationalisierenden Anspruch gerecht zu werden. Was man nämlich unter diesem Stichwort „Vergleichbarkeit“ in Wirklichkeit untersucht,

so meine These, das sind *Gemeinsamkeiten*. Ich nenne zwei Dinge, zwei Menschen, was auch immer, „vergleichbar", wenn sie hinreichend (was auch immer das im Einzelfall heißen mag) viele Gemeinsamkeiten aufweisen, aber Gemeinsamkeiten festzustellen ist meines Erachtens nicht erforderlich, nicht notwendig, um Ungleichbehandlungen zu identifizieren. Ungleichbehandlung kann ich feststellen, ohne dass ich Gemeinsamkeiten feststelle. Dass das hier ein Stift ist und ich ihn jetzt (gedacht) zerbreche und das hier ein Buch ist, das ich nicht zerbreche – das kann ich sagen, ohne dass ich sage, dass das hier beides Sachen im Sinne des § 90 BGB sind. Ich kann einfach sagen: Das wird zerbrochen, und das wird nicht zerbrochen; und das ist eine Ungleichbehandlung. Ich tue gegenüber dem einen Gegenstande etwas, was ich gegenüber dem anderen Gegenstande unterlasse. Das ist eine Ungleichbehandlung; und die muss sich dann, wenn ich Grundrechtsgebundener, Gleichheitssatzgebundener bin, eben rechtfertigen lassen. Und bei dieser Rechtfertigung, da können dann die Gemeinsamkeiten eine Rolle spielen. Sie können nämlich Gesichtspunkte dafür abgeben, dass eine Rechtfertigung vielleicht normativ ausgeschlossen sei. Je ähnlicher zwei Dinge, zwei Menschen sind, je mehr Gemeinsamkeiten sie aufweisen, desto weniger darf ich sie eben vielleicht nach dem konkreten positiven Gleichheitssatz ungleich behandeln. Vielen Dank.

Ute Sacksofsky: Vielen Dank. Dann kommen wir jetzt zu den demokratiebezogenen Fragen.

Peter Michael Huber: Ich hätte eine Bemerkung zu Herrn *Augsberg* und eine zu Frau *Wapler*. Herr *Augsberg*, ich habe Ihr Referat sehr interessiert verfolgt und es überwiegend als deskriptiv verstanden, bis auf den Schluss, wo Sie mit einer rechtspolitischen Kehrtwende bzw. einem „Spin" gegen das Legitimationskettenkonzept und die Repräsentation der Gesamtheit der Bürger argumentiert und für eine Öffnung, ein Aufbrechen geworben haben. Sie haben ja selber festgestellt, dass das Recht die Gleichbehandlungssachverhalte definiert. Dann aber ist Ihr Schluss ein rechtspolitisches Plädoyer, und da frage ich mich, ob die Alternative wirklich so viel attraktiver ist? Diese Alternative besteht doch darin, die Fragmentierung der Gesellschaft institutionell abzubilden, kleinere Repräsentationseinheiten zu schaffen, die dann in einem deutlich schwierigeren Aushandlungsprozess möglicherweise zu ähnlichen oder auch schlechteren und konfliktträchtigeren Entscheidungen kommen können als dies unter den bisherigen Bedingungen der Fall ist. Ob damit wirklich viel gewonnen ist, bezweifle ich und frage mich, was außer einer rechtspolitischen, weltanschaulichen oder ideologischen Grundhaltung dafür spricht? Zu Frau *Wapler*: Sie haben mit Blick auf das Numerus Clausus-Urteil gesagt: Für was brauchen wir eigent-

lich die Freiheitsrechte? M.E. hat es einen guten Sinn, dass man etwa beim Numerus Clausus Art. 12 i.V.m. Art. 3 GG identifiziert, weil die Ungleichbehandlung vielleicht verfassungsrechtlich etwas anstößiger ist, wenn eine Ungleichbehandlung zugleich eine Freiheitseinschränkung darstellt und sich praktisch dann auch der Kontrollmaßstab solcher Differenzierungen unterscheidet. Zudem kann eine freiheitsrechtliche Aufhängung dazu beitragen, das zu verteilende Substrat zu optimieren statt seine Zurverfügungstellung allein der politischen Entscheidung zu überlassen. Vielen Dank.

Hans Michael Heinig: Ich habe die Bitte an *Steffen Augsberg*, in zwei Hinsichten seinen Vortrag noch einmal politisch-gesellschaftlich zu kontextualisieren. Erste Hinsicht: Gestern war in den Medien die Forderung zu lesen, dass wir zukünftig einen Tag der Vielfalt statt einen Tag der Einheit feiern. Das führt mich zu der Frage nach den Möglichkeiten politischer Einheitsbildung. *Friederike Wapler* hat in ihrem Beitrag ja auf die basale staatsbürgerliche Gleichheit verwiesen, bei Herrn *Augsberg* ist mir noch unklar, worauf sein Ansatz hinausläuft, wenn man ein einheitsorientiertes Legitimationsmodell verabschiedet. Wie ist in seinem Modell die Herstellung politischer Einheit noch denkbar? Zweiter Aspekt: Rechtspopulismus ist in vielen gesellschaftlichen Debatten der Zeit sowas wie der Elefant im Raum. Wir sollten die Herausforderung hier explizit benennen: Wie lassen sich Vielfaltsaversionen in den Analysen von Gleichheit und Vielfalt „verfalten“, um diese Diktion aufzunehmen? Wie geht man mit rechtspopulistischen Homogenitätsforderungen um? Sind die Teil der Vielfalt oder sind sie zurückzuweisen? Werden hier Grenzen der „Differenz-Differenz“ erreicht und wie begründen sich dann diese Grenzen?

Oliver Lepsius: Mich würde interessieren, wie sich die interessanten Beobachtungen unserer Referenten auf die Repräsentation auswirken. Herr *Augsberg* hat sowohl die Identität als auch die Differenz hervorgehoben. Identität ist kaum repräsentierbar. Frau *Wapler* hat die Partizipation stark gemacht und damit natürlich auch eine Handlungsform bevorzugt, die nicht repräsentativ ausgerichtet ist. Führt die Formulierung des Themas „Gleichheit und Vielheit“ uns also an die Grenzen der Repräsentation? Haben wir ein Repräsentationsproblem? Oder ist die Repräsentation vielleicht die Antwort auf manche der Differenzierungs- und Vielfaltsprobleme? Danke.

Frank Schorkopf: Herr *Augsberg* hat in seiner These 18 auf die postidentitäre und stärker differenzorientierte Sichtweise der Demokratietheorie hingewiesen und damit Gedanken der Legitimationskette wie auch des Volkswillens kontrastiert im Hinblick auf soziale Konstruiertheit. Ich frage mich, ob wir – das klang auch in einem anderen Referat an – eine soziale Konst-

ruktion möglicherweise durch eine andere ersetzen. Zunächst einmal denke ich, dass These 18, so war meine Erwartung, eher der Beginn weiterer Ausführungen zu Verfassungstheorie und Verfassungsrecht von Gleichheit und Vielfalt hätte sein sollen. Ich will das hier kurz um einen Aspekt erweitern, denn die Debatte darüber wird sicherlich weitergehen. Wenn wir postidentitäre Ansätze haben, dann bedeutet das, dass unser momentanes Standardmodell als identitär gesehen wird. Aber ist der Volkswille nicht auch nur eine Konstruktion? Wir gehen in der modernen Demokratie zur Wahl und dies knüpft an den Status, den Status des Bürgers an. Dann haben wir noch eine Exklusion durch das Wahlalter, was auch angesprochen worden ist. Aber ist eine Koalition im Bund aus SPD, CDU und CSU und deren Akkumulation der Stimmen wirklich eine Emanation des Volkswillens? Wir konstruieren den Volkswillen so und es ist völlig klar, dass hinter dieser Figur kein homogener einheitlicher Wille steht und dass es daneben noch viele andere Willen gibt. Wir haben eine Stimmenmehrheit konstruiert. Was ist daran identitär? Wir haben, wenn ich das so nennen darf, eine Interessendemokratie. Das ist eine große Errungenschaft. Und in einer Interessendemokratie, die an Status anknüpft, kann der Wähler beim nächsten Mal anders wählen. Wir haben gerade keine identitäre Demokratie; insofern ist es völlig fehlgeleitet, wenn eine angeblich jüngere und damit moderne Demokratietheorie sich postidentitär nennt. Es ist eine neoidentitäre Demokratietheorie, die den Identitätsbegriff – der nur die Kehrseite des Diversitätsbegriffs ist – in den Mittelpunkt stellt. Wie wir gerade von Herrn *Huber* hörten, daran will ich anknüpfen, kommen wir bei einem Demokratiemodell, das an Gruppen anknüpft und deshalb eine Form von Organisation dieser identitären Merkmale braucht, zu einer Gruppendemokratie. In dieser muss der Einzelne, der Bürger, zugeordnet werden – und wehe, er lässt sich nicht zuordnen. Ersetzen wir nicht an dieser Stelle unser sicherlich immer verbesserungsbedürftiges Modell der Interessendemokratie, mit der wir aber in dieser modernen Form bei allen Nachteilen bislang ganz gut gefahren sind, durch das stahlharte Gehäuse einer neotribalen Gesellschaft?

Ute Sacksofsky: Wir kommen jetzt zu zwei Anmerkungen zum Thema Algorithmen und künstliche Intelligenz.

Antje von Ungern-Sternberg: Ich habe zwei Anmerkungen zu dem Vortrag von *Steffen Augsberg*. Zunächst einmal stimme ich natürlich der Aussage zu, dass die allgegenwärtigen Algorithmen vielfältige Diskriminierungspotenziale aufweisen. Algorithmen entscheiden darüber, welcher Bewerber zum Vorstellungsgespräch eingeladen wird, wie Arbeitnehmer bewertet werden, wer Kredite zu welchen Konditionen bekommt und auch welche Posts bei Facebook gelöscht werden, weil sie gegen irgendwelche

Richtlinien verstoßen, und welche nicht. Das Wichtige ist, das hast Du auch ausgeführt: Diese Algorithmen wirken, etwa in der Plattformwirtschaft unserer digitalisierten Welt, häufig in privaten Räumen, weswegen man nur schwer mit den Grundrechten, wie der Gleichheit, an sie herankommt. Und zweitens kommt noch hinzu, dass diese Algorithmen nicht einsehbar sind, denn es sind Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Und selbst wenn sie einsehbar wären, sind sie häufig sehr schwer technisch nachzuvollziehen, das hat Herr *Engel* schon ausgeführt. Hier stellt sich mir die Frage: Wie gehen wir damit um? Ist das Recht auf diese Situation adäquat vorbereitet? Gibt die Datenschutzgrundverordnung eine Handhabe? Gibt es vielleicht die Möglichkeit, die spezifischen Diskriminierungsverbote, die wir haben, so auszulegen, dass sie diese Formen der Diskriminierung erfassen? Denn bei Anwendung künstlicher Intelligenz werden ja Stereotype, die in der Gesellschaft vorhanden sind und gepflegt werden, auch durch die Maschine verstärkt. Wenn man Berufsangebote googelt, werden beispielsweise weiblichen Internetnutzern andere Treffer angezeigt als männlichen. Sie können einmal raten, welche Treffer die attraktiveren und lukrativeren sind. Stereotype werden also fortgeführt. Die Frage lautet nun: Wenn die künstliche Intelligenz bestimmte Muster erkannt hat, reicht das als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung? Oder, und das knüpft an *Jan Schröder* an, brauchen wir eine Fortentwicklung der Dogmatik zur mittelbaren Drittwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Rahmen dieser privaten Verhältnisse? Das Bundesverfassungsgericht hat ja neulich in der Hooligan-Entscheidung den Weg gewiesen; und die unteren Zivilgerichte sind derzeit damit beschäftigt, diese Vorgaben auf Google und Facebook anzuwenden. Zweiter Punkt: Widersprechen möchte ich der These, dass wir jetzt Gleichheitsrechte für Roboter prüfen müssen. Ich glaube, da muss man Gleichheit von anderen Rechtspositionen unterscheiden. Es geht nicht um Gleichheit, sondern um Fragen wie Rechtssubjektivität, Verfahrensrechte oder den Schutz von Vermögenspositionen, die Robotern zugeordnet werden: Das ist keine Frage der Gleichheit, sondern speziellerer Freiheitsrechte. Vielen Dank.

Gerrit Hornung: Ich schließe mich zunächst dem Dank an die beiden Referate an. Ich habe auch eine Anmerkung zur These 15 von *Steffen Augsberg*, die an den zweiten Punkt eben anschließt. Ich stimme Dir sehr zu, dass wir ein dringendes Bedürfnis haben, über die Rechtsfragen künstlicher Intelligenz nachzudenken. Ich bin nur zweifelnd, ob der Gleichheitssatz dafür der richtige normative Ansatzpunkt ist. Gerade wenn Deine These richtig ist, dass Gemeinsamkeiten und Unterschiede zumindest auch konstruiert werden, würde ich doch davor warnen, dass – zum Beispiel in diesem Raum – Gemeinsamkeiten konstruiert werden, für die die technologische Entwicklung bisher zu wenig Anlass gibt. Ich möchte das an zwei

Punkten verdeutlichen. Zum einen glaube ich, dass wir in der Praxis weniger als vollständig künstlich zu verstehende technische Intelligenz sehen, sondern eher hybride Konstrukte, in denen sich menschliche und technische Intelligenz gegenseitig befruchtet, in denen changierende Bezüge zwischen menschlicher und künstlicher Intelligenz bestehen, die sich vielleicht gegenseitig ergänzen und stärken, aber vielleicht auch gegenseitig hemmen können. In diesen, um ein Wort von *Tim Berners-Lee* aufzugreifen, „social machines" scheinen mir die eigentlichen Herausforderungen nicht nur für die rechtswissenschaftliche Analyse zu liegen. Und für diese Hybridität dürften dann weder der Gleichheitssatz noch das eben vorgeschlagene Konzept der Rechtssubjektivität der richtige Ansatzpunkt zu sein. Zweitens glaube ich, dass das, was wir an künstlicher Intelligenz im Moment in technischer Hinsicht sehen oder teilweise schon erleben, weniger ein Problem von Intelligenz oder von Personalität ist, sondern ein Problem von Intransparenz. Die Systeme verhalten sich deterministisch-chaotisch, nur eben in so komplexer Weise, dass auch ihre Schöpfer zumindest nicht mehr vollständig vorhersagen können, was genau sie denn eigentlich tun werden. Jetzt kann man natürlich sagen, dass dasselbe auch auf Menschen zutrifft. Menschen verhalten sich ebenfalls deterministisch-chaotisch und zwar in einer Weise, dass weder ihr Schöpfer noch sonst irgendjemand exakt vorhersehen kann, wie sie sich verhalten werden. Mir scheinen aber die Unterschiede dann doch so groß zu sein, dass ich jedenfalls nachdrücklich dafür werben möchte, das „gegebenenfalls" in Deiner These 15 zu streichen und künstlicher Intelligenz zumindest keine unmodifizierte Rechtssubjektivität zuzuerkennen. Vielen Dank.

Ute Sacksofsky: Zum Bereich Schule und Eltern-Kind-Verhältnis die letzten drei Rednerinnen und Redner.

Frauke Brosius-Gersdorf: Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Liebe *Friederike,* Du bist im letzten Teil Deines Referates auf den schulischen Integrationsauftrag des Staates aus Art. 7 GG eingegangen und hast ihn konkretisiert im Lichte der Grundrechte der Kinder und Jugendlichen. Damit hast Du aus meiner Sicht ganz grundsätzlich das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit angesprochen. Ich würde zunächst ergänzen wollen: Natürlich steht im Zentrum des Schulauftrages des Staates, des Art. 7 Abs. 1 GG, der Integrationsauftrag; aber nicht nur, sondern es geht auch und gerade um die Aufgabe des Staates, durch Vermittlung von Bildung und Erziehung die notwendigen Voraussetzungen für Kinder und Jugendliche zu schaffen, damit sie später gleichberechtigt an den Ausbildungsmöglichkeiten sowie an Studium und Beruf partizipieren können. Wenn das so ist, wenn das maßgeblich im Zentrum des Art. 7 Abs. 1 GG steht, geht dann

nicht die Aufgabe des Staates ein Stück weiter im schulischen Bereich, als Du sie beschrieben hast? Du hast es im Wesentlichen so beschrieben, ich verkürze, dass es darum gehe, Kindern und Jugendlichen gleichrangige Möglichkeiten für die Zukunft vorzustellen. Ich meine jedoch, dass wir es hier mit einem Bereich zu haben, in dem der Staat ganz grundsätzlich und auch außerhalb des Bereichs der Inklusion verpflichtet ist, ein Stück weit für faktische Gleichheit als Vorbedingung für Freiheit zu sorgen. Warum? Weil wir alle wissen, dass die Möglichkeiten von Kindern und Jugendlichen, an Bildung und Erziehung zu partizipieren, nicht gleich sind, sondern sehr stark abhängen von den sozialen Verhältnissen, aus denen das Kind kommt. Deshalb muss der Staat erst einmal durch ungleiche Förderung für faktische Gleichheit, für faktisch gleiche Ausgangsbedingungen, sorgen, damit überhaupt eine gleichberechtigte Partizipation an Bildung und Erziehung und damit an Freiheit möglich ist. Die interessante Frage ist, und dazu würde mich Deine Einschätzung interessieren: Was ist der dogmatische Grund dafür, dass der Staat zur Schaffung eines Stückes Gleichheit als Vorbedingung für Freiheit verpflichtet ist? Es ist sicher nicht das Sozialstaatsprinzip. Ich würde auch beipflichten, dass es nicht die Gleichheitsgrundrechte sind, jedenfalls nicht der allgemeine Gleichheitssatz mit seinem Versprechen der Gleichheit nur vor dem Gesetz. Aber ich denke, es sind die Freiheitsgrundrechte, die als Vorbedingung eben die Schaffung gleicher Ausgangsbedingungen dort voraussetzen, wo der Einzelne nicht aus eigener Kraft in der Lage ist, Freiheit in Anspruch zu nehmen. Wir verkürzen die Freiheitsgrundrechte, wenn wir sagen, sie beinhalten das Versprechen, dass jeder Freiheit nach seinen Möglichkeiten in Anspruch nehmen kann. Müssen wir hier nicht, übertragen auf den schulischen Bereich, stärker die allgemeine Schutzpflichtenlehre in Situationen gestörter Vertragsparität fruchtbar machen (Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG)? Der Staat ist in Situationen struktureller Disparität verpflichtet, für ein Stück faktischer Gleichheit als Vorbedingung für Freiheit zu sorgen, wenn der Einzelne aus eigener Kraft nicht in der Lage ist, seine Freiheitsrechte in Anspruch zu nehmen. Wenn wir das auf den schulischen Bereich übertragen, müssen wir auch hier sagen, der Staat muss ein Stück faktischer Gleichheit als Vorbedingung für Freiheit schaffen. Vielen Dank.

Markus Winkler: *Friederike Wapler* hat nicht nur das Feld Schule angesprochen, sondern ganz speziell auch Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention, daher richtet sich meine Frage vor allem an Dich, *Friederike*, aber ich wäre auch froh über eine Antwort von Herrn *Augsberg*. Ich habe am Ende auch noch ein zweites Beispiel. Die Frage, abstrakt formuliert, lautet: Inwieweit können eigentlich pragmatische Gesichtspunkte, jetzt nicht in einem philosophischen Sinn, sondern in einem ganz trivialen

Sinn, Gesichtspunkte wie Eilbedürftigkeit, die Bewältigung von Massenphänomenen oder Ressourcenknappheit eine vorläufige oder eine vergröbernde Konstruktion von Gleichheiten oder Ungleichheiten legitimieren? Ist es Sache der Wissenschaft – das ist gerade schon bei *Gregor Kirchhof* angeklungen – oder ist es Sache des Gesetzgebers, solche Konstruktionen herzustellen? Ist es womöglich sogar die Sache von unpersönlichen Algorithmen, die *Antje von Ungern-Sternberg* angesprochen hat? Das kann es wahrscheinlich nicht sein. Wenn es der Gesetzgeber ist, wer ist denn dann der Gesetzgeber? Ist das der Grundgesetz-, ist es der einfache Bundesgesetzgeber, ist es der Landesgesetzgeber oder ist es möglicherweise auch der internationale Gesetzgeber im Fall von Konventionen wie der Behindertenrechtskonvention, und was kommt dann letztlich dabei heraus? Zwei Beispiele, wie gesagt: Genannt wurde bereits die schulische Inklusion. Inwieweit gibt es einen Ressourcenvorbehalt, das ist umstritten hinsichtlich der Behindertenrechtskonvention, für die Ermöglichung der inklusiven Beschulung von Kindern mit Behinderung? Praktisch heißt das ganz konkret: Müssen die Schulträger jede einzelne allgemeine Schule behindertengerecht ausgestalten, und zwar für jeden Förderschwerpunkt, ob das jetzt Sinnesbeeinträchtigungen sind, emotionale und soziale Behinderungen oder was auch immer? Die Schulträger stehen durchaus auf dem Standpunkt, dass man da typisieren und die Ausstattung konzentrieren kann auf einzelne Schulen, so dass für bestimmte Schülerinnen und Schüler dann allerdings die Schulwege etwas weiter werden. Das zweite Beispiel, nur ganz kurz, ist mir eingefallen aus dem Bereich des Polizeirechts: Adressatenauswahl. Ist es etwa bei Kontrollen in Zügen möglich, nach äußeren Merkmalen wie der Pigmentierung der Haut zu unterscheiden? Also das böse Stichwort: Racial Profiling. Danke.

Andreas Kley: Eine kurze Frage an Frau *Wapler*. Sie haben in der These VI. 2 das Verhältnis Eltern-Kind im Bereich der Bildung angesprochen. Da ist es ja so, dass die Entwicklung in der heutigen Zeit dahin geht, dass die Abgrenzung der Freiheitssphären eine zentrale Staatsaufgabe geworden ist. Wir haben uns deswegen meilenweit von der aufklärerischen Freiheitsauffassung entfernt. Sie haben die These aufgestellt, der ich zustimmen würde, dass die freie Entfaltung der Kinder nicht durch den Erwartungshorizont der Eltern beeinträchtigt werden darf. Jetzt ist das unter dem Kapitel der Schule aufgeführt und ich erlaube mir die vielleicht etwas sehr praktische und unwissenschaftliche Frage: Wie kann man diese Abgrenzung vornehmen, dass die Eltern eben die Entwicklung der Kinder nicht beeinträchtigen werden? Und ich erhoffe mir natürlich eine Antwort, die diese Aufgabe nicht ausschließlich der Schule zuweist.

Friederike Wapler: Vielen Dank für diese Vielzahl an Rückmeldungen, die eine Fülle an grundlegenden Fragen aufwerfen. Es sind auch einige philosophische Großbegriffe angesprochen worden, die wir in unseren Referaten gar nicht erwähnt haben, die aber zweifellos im Hintergrund mitschwingen. Ich muss mich schon jetzt dafür entschuldigen, dass ich nur einzelne Aspekte herausgreifen kann. Falls jemand von Ihnen das Gefühl hat, ich sei auf seinen Wortbeitrag nicht hinreichend eingegangen, stehe ich natürlich in allen folgenden Pausen für die weitere Diskussion zur Verfügung.

Ich denke, in meinem Vortrag ist es bereits deutlich geworden, möchte es aber angesichts der Diskussion noch einmal betonen: Wir brauchen das autonome Subjekt als Grundlage für die Annahme der basalen Statusgleichheit. Das ist, auch das hatte ich erwähnt, letzten Endes eine normative Setzung, aber ich halte diese Grundannahme für außerordentlich wichtig und in diesen Zeiten auch für unbedingt verteidigenswert. Das Subjekt ist zweifellos in der Wirklichkeit mit anderen relational verbunden und steht in Abhängigkeitsbeziehungen. Andererseits aber ist es ein Individuum, das sich in aller Regel als frei begreift und als frei geachtet werden möchte. Wir haben darum immer eine Spannung zwischen der relationalen Verbundenheit und der Freiheit der Individuen. Auf der einen Seite müssen wir fragen – und als Individuen für uns auch entscheiden –, was uns mit anderen verbindet und wie viel dieser Verbundenheit wir brauchen oder anstreben. Auf der anderen Seite aber kann ein Mensch auch sagen: Ich mache das alles nicht mit, ich nehme meine Freiheit in Anspruch, breche aus dem aus, was mich bisher geprägt hat, und mache in Zukunft alles ganz anders. Diese Spannung lässt sich nicht abstrakt auflösen, sondern man kann nur versuchen, beiden Aspekten theoretisch und praktisch gerecht zu werden.

Zum Begriff des Subjekts gehört auch die Frage nach der Anerkennung. Gerade die Inklusionsdebatte wird in der Philosophie häufig anerkennungstheoretisch grundiert. Aus meiner Sicht müssen wir dabei zwei Ebenen auseinander halten: Bei *Honneth* etwa ist die wechselseitige Anerkennung identitätsstiftend: Das Individuum kann sich überhaupt nur durch die Anerkennung der anderen als Subjekt konstituieren. Das halte ich für problematisch. Anerkennung ist sicherlich etwas, das Individuen auf einer zweiten Ebene brauchen können, um ein gutes Leben zu führen. Die meisten Menschen profitieren von Anerkennung im Sinne praktischer Achtung und Wertschätzung. Anerkennung zu erfahren, ist also ein Lebensumstand, den die meisten Individuen anstreben dürften, den sie aber auch gegen andere Belange abwägen können. Darum halte ich es für falsch, und da folge ich *Honneth* ausdrücklich nicht, die wechselseitige Anerkennung als notwendige Bedingung der Subjekthaftigkeit überhaupt zu konstruieren. Im Gegenteil scheint es mir wichtig, das Subjekt als jemanden zu begreifen, der oder die zunächst einmal frei steht und sich durchaus auch dafür ent-

scheiden kann, auf die Anerkennung durch andere zu verzichten. Oder um es noch weiter zuzuspitzen: Ein Mensch kann keinerlei Anerkennung durch andere erfahren und sich dennoch als ein Subjekt begreifen und eine Identität haben.

Das führt mich zu den Fragen nach Repräsentation und Identität: Repräsentation ist auch ein sehr schwieriger Begriff, bei dem wir klären müssten, wer oder was auf welche Weise durch wen oder was repräsentiert wird. Um es einmal auf die demokratische Repräsentation zu verkürzen: In einer demokratischen Gesellschaft können letzten Endes nur Interessen oder Belange repräsentiert werden, nicht aber Identitäten im Sinne einer umfassend mit sich selbst übereinstimmenden Individualität. In dem Vorgang der Repräsentation geht immer etwas verloren. Das heißt konkret: Zweifellos hat jede Person den Anspruch darauf, in ihrer Identität geachtet zu werden. Repräsentation ist aber etwas anderes. In einem konkreten Konflikt und einer konkreten Verhandlungssituation kommt es entscheidend darauf an, welche Interessen eine Person in dieser spezifischen Konfliktsituation geltend macht. Wir können darum in der demokratischen Auseinandersetzung nur über Interessen sprechen, die einander gegenüberstehen, und wir können dann für alle Individuen das Recht einfordern, ihre Interessen gleichberechtigt und gleichwertig in die Diskussion einzubringen. Ich halte den Begriff des Interesses auch deswegen für sinnvoller, als die Demokratie als Kampffeld von Identitäten darzustellen, weil wir über den Interessenbegriff auch aus dem Denken in starren Kategorien ein Stück weit entkommen können. Dann geht es nämlich in konkreten Konflikten nicht immer gleich um Identitäten und Gruppenzugehörigkeiten mit den entsprechenden Frontstellungen und Verhärtungen, sondern um den Ausgleich zwischen widerstreitenden Belangen. Das halte ich für eine wichtige demokratietheoretische Grundüberlegung, mit der wir auch die interne Diversität sozialer Gruppen differenzierter erfassen können.

Nun zu den Fragen im Zusammenhang mit Bildung, Inklusion und Integration. Mir wurde hier die Gretchenfrage gestellt: Wie hältst du es mit dem Elternrecht? Ich will das hier in der gebotenen Kürze einmal so umreißen: In der gegenwärtigen Diskussion wird Eltern, die mit der Schule als solcher oder mit einzelnen Unterrichtsinhalten nicht einverstanden sind, mit einer sehr groben Keule gedroht: Es liege nun einmal im Interesse der Allgemeinheit, Parallelgesellschaften zu vermeiden. Das ist ein äußerst abstraktes Argument, und es reicht aus meiner Sicht nicht aus, um die Rechte von Eltern und Kindern derart weitreichend zu beschneiden. Mein Anliegen ist zu fragen: Was bedeutet es konkret, wenn wir sagen, dass Schule integrieren soll? Wie können wir diesen Anspruch rückbinden an die Person, die integriert werden soll, nämlich den Schüler oder die Schülerin? Was hat das Anliegen der Integration mit dessen Interessen und Rechten zu tun?

Wenn ich die Aufgabe der Integration mit der Frage verbinde, welches Interesse die betroffenen Kinder daran haben, dann minimiere ich letztlich den Zugriff des Staates. Denn dann muss ich auch schauen, wie viel Integration die Familie leistet, das soziale Umfeld, allgemein die privaten sozialen Beziehungen, und welchen Beitrag Schule darüber hinaus leisten kann und muss. Insofern sehe ich keine Gefahr, mit meinem Ansatz das Elternrecht zu schmälern. Mir geht es eher darum, die relationalen Aspekte von Kindheit zu betonen, das Aufgehobensein in einer Familie und anderen privaten, sozialen Gemeinschaften. Ich halte wenig davon, die diffuse „Parallelgesellschaft" als Drohkulisse aufzubauen, sondern möchte lieber danach fragen, welche Integrationsangebote Kinder und Jugendliche wirklich benötigen, um ihren eigenen Weg ins Leben zu finden.

Das leitet über zum nächsten Punkt: Schule kann nicht alle Benachteiligungen und Beeinträchtigungen kompensieren. Allgemein kann der Sozialstaat nicht alles ausgleichen, und diesen Anspruch sollte er auch gar nicht vor sich hertragen. Wir brauchen im Gegenteil genau die gesellschaftliche Diskussion darüber, welche Arten und welches Ausmaß an Kompensation der Staat leisten kann und soll. Diese Debatte sollten wir stärker zurückführen auf die Frage nach dem, was für eine menschenwürdige und selbstbestimmte Lebensgestaltung notwendig ist, also nach den Ermöglichungsbedingungen von Freiheit. Darum bin ich auch nicht dagegen, Gleichheitsrechte und Freiheitsrechte zusammen zu denken. Im Gegenteil müssen wir fragen, wie viel Gleichheit für ein Leben in Freiheit notwendig ist. Verfassungsdogmatisch müssen wir hier aber genauer hinsehen, wo eine solche Verbindung sinnvoll ist und wo wir den Gehalt von Freiheits- und Gleichheitsrechten weiterhin unterscheiden müssen.

Zum Schluss noch ganz kurz zu der Frage, was eigentlich der Auftrag der Schule ist. Ich habe das in meinem Vortrag verkürzt auf die aktuellen Debatten um Inklusion und Integration, auch weil es mir wichtig erschien, diese Begriffe aus verfassungsrechtlicher Sicht einmal genauer zu betrachten. Natürlich ist es auch ein wesentlicher Integrationsfaktor, gesellschaftliche Teilhabe zu erleben. Insofern beziehe ich meine Überlegungen zur Teilhabe gerade nicht allein auf Menschen mit Behinderungen. Allgemein gesprochen, halte ich es für den wesentlichen, den zentralen Auftrag von Schule, Freiheit zu ermöglichen, und eine wichtige Voraussetzung dafür ist, den Schülerinnen und Schülern reale Lebenschancen zu eröffnen. Das ist aber keine neue Überlegung: Die allgemeine Schulpflicht wurde schon immer auch mit der Aufgabe gerechtfertigt, Chancengleichheit herzustellen. Zum Punkt „Ressourcenknappheit": Güterverteilung unter Knappheitsbedingungen ist Aufgabe des Gesetzgebers, und wenn er das nicht gut macht, muss man in die Diskussion gehen. Letzte Bemerkung: Die Schule ist selbstverständlich nicht der einzige Ort, der eine Sozialisation in die

Gesellschaft hinein möglich macht. Viel leisten hier schon die Familien und das erweiterte private Umfeld, und dann gibt es ja auch noch die Jugendhilfe. Ich hatte kurz die Frage nach einer freiheitsermöglichenden sozialen Infrastruktur angesprochen: Kinder und Jugendliche brauchen gesellschaftliche Freiräume, in denen sie sich außerhalb der Familie und auch außerhalb von staatlichen Institutionen begegnen können. Auch das gehört zur Sozialisation in der Gesellschaft. Damit bin ich am Ende meiner Zeit und bedanke mich nochmal ganz herzlich für die vielen interessanten und inspirierenden Fragen und Anmerkungen.

Steffen Augsberg: Ich beginne am Ende und fange an mit den Anmerkungen von *Gerrit Hornung* und *Antje von Ungern-Sternberg* zur künstlichen Intelligenz. Da würde ich im Wesentlichen Zustimmung signalisieren. Man kann sich darüber streiten, ob das Gleichheitsgrundrecht die primäre Assoziation ist, die man hier hätte. Da sind vielleicht die Idee des Personenstatus und die Fragen, die im Zivilrecht unter dem Schlagwort E-Person abgehandelt werden, näherliegend. Aber erstens war es nun das Thema des Vortrags, und zweitens wollte ich darauf aufmerksam machen, dass diese Expansionstendenz, das, was ich „die Speziesbarriere durchbrechen" nenne, bereits existiert. Es gibt entsprechende Diskussionen. Ich glaube, dass die Debatten um künstliche Intelligenz davon profitierten, wenn sie das, was im Tierrechtsbereich erörtert wird, miteinbezögen – selbst wenn man in der Sache zu anderen Ergebnisse gelangt. Und die modifizierte Rechtssubjektivität würde ich auch sofort zugestehen, wenn man berücksichtigt, dass Rechtssubjektivität ohnehin nicht ein festes Gefüge ist, sondern wir mit juristischen Personen, ja mit dem Staat, Rechtssubjektivität verbinden und uns klar ist, dass das etwas ganz anderes ist, als das, was wir mit dem Menschen als autonomes Subjekt in den Mittelpunkt unseres Denkens stellen. Also insofern zunächst einmal Zustimmung und vielen Dank für die weiteren Anregungen. Ich glaube auch, dass die Hybridität spannend ist. Mich interessiert dabei vor allem die sog. Emulated Intelligence. Das ist wirklich etwas Neues und hochgradig Problematisches, und die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten sind schwierig. Wichtig ist aber, dass die StVO nicht ernsthaft der Weisheit letzter Schluss sein kann in diesem Kontext, ganz im Gegenteil. Wir müssen im Bereich der Digitalisierung allgemein stärker darauf achten, dass die Ergebnisse, die Steuerungseffekte, kontrolliert werden.

Zweiter Punkt: die Demokratie. Herr *Huber*, da haben Sie mich, glaube ich, grundlegend missverstanden, wenn Sie von einer rechtspolitischen Forderung ausgehen. Mir geht es nicht um eine rechtspolitische Forderung, sondern um eine Reflexion darüber, ob wir uns innerhalb der Verfassungsrechtswissenschaft nicht auch mit anderen Theorieangeboten auseinander-

setzen sollten. Das mag meine singuläre Perspektive sein, aber ich habe den Eindruck, dass wir das noch nicht ausreichend tun. Ich meine auch, dass wir durchaus etwas gewinnen könnten, wenn wir dies täten, und so ein bisschen zeigt das vielleicht auch die heutige Diskussion. Denn die angeführten Beispiele dieser postidentitären Demokratietheorie können gerade nicht dem zugeordnet werden, was Herr *Schorkopf* als Neotribalismus bezeichnet hat. Sie beschäftigen sich nicht mit einer gewissermaßen neoständestaatlichen Perspektive, kleinen Gruppen, die jetzt repräsentiert werden müssen. Das ist auch nicht mein Ansatz, das halte ich nicht für richtig. Ich glaube im Gegenteil, dass wir überlegen müssen, ob nicht die gängige Konstruktion oder Fiktion – wie das ja bei *Kelsen* schon heißt – des Volkswillens eine spezifische Identitätskonzeption voraussetzt, die hinterfragt werden muss. Dann geht es eben nicht mehr darum, dass wir etwas als Ganzes konstruieren, das repräsentiert und irgendwie rückgebunden wird, sondern es geht um alternative Vorstellungen. Der leere Ort der Macht spielt dann eine Rolle; die Demokratie als permanente Revolution spielt eine Rolle. Natürlich kann man diese demokratietheoretischen Ansätze als problematisch, zu unkonkret und nicht hinreichend dogmatisch anschlussfähig kritisieren. Aber dafür muss man sich doch erst einmal mit ihnen auseinandersetzen. Mein Eindruck ist, dass das tatsächlich noch ausgebaut werden kann.

Zu *Hans Michael Heinig*, vielleicht ganz kurz zu den rechtspopulistischen Forderungen: Ja, im Grundsatz würde ich sagen, das ist erst einmal die Bandbreite. Natürlich gibt es Grenzen dessen, was man akzeptiert, aber die bloße Titulierung als rechts- oder linkspopulistisch genügt nicht, um etwas hors de la loi zu stellen und zu sagen, damit kann man sich eigentlich nicht mehr auseinandersetzen. In gewisser Weise – und das schließt an Frau *Schmahl* an – entspricht es doch dem Selbstverständnis dieser Gruppierungen, dass sie ein spezifisches Schutzbedürfnis der autochthonen Mehrheitsbevölkerung annehmen. Das mag man richtig finden oder nicht, aber es ist jedenfalls für sich gesehen nichts, was man für prinzipiell indiskutabel halten sollte. Ganz im Gegenteil, das muss man aushalten und tatsächlich thematisieren.

Und damit komme ich zu den grundlegenden Fragen, wie wir mit Gleichheit umgehen. Herr *Mahlmann* hat zu Recht die Frage gestellt, woher die Fixierung auf das autonome Subjekt stammt und ob sie hintergehbar ist. Ich verbinde das mit *Markus Kotzurs* Anmerkung zur Anerkennung. Mir ist die grundlegende Vorstellung wichtig, dass wir uns als Gleiche, und das hatte ich ja zitiert, wechselseitig anerkennen. Das ist eine Idee, die tatsächlich in der Gemeinschaft drinsteckt. Das würde ich auch Herrn *Kirchhof* entgegnen, der meint, Gleichheit sei nicht das Ziel. Ich glaube, dass in dieser Reziprozitätsthese eine grundsätzliche Subjektivitätsannahme

mitenthalten ist. Aber selbstverständlich ist das ein Stück weit eine, wenn man so will, naturrechtliche Position. Es ist eine Selbstsetzung des Menschen, zu sagen, wir sind der Mittelpunkt. Ich weiß nur nicht, ob diese Grundannahme in einem Rechtssystem hintergehbar ist, ob man sagen kann, wir können das grundsätzlich aufgeben. Partiell hat es das in der Vergangenheit natürlich gegeben. So hat das römische Recht bekanntlich Menschen sehr ungleich behandelt. Wir haben zudem in gewisser Weise, das habe ich versucht deutlich zu machen, auch neuere Entwicklungen, in deren Folge zumindest Ausfransungen im Bereich der Rechtssubjektivität zu erkennen sind. Aber im Grundsatz würde ich daran festhalten, dass die Subjektivität eine für das Funktionieren des Rechtssystems nicht wegzudenkende Bedingung ist. In jedem Falle, und das ist natürlich noch entscheidender, ist sie eine uns rechtspositiv vorgegebene, verfassungsrechtlich normierte Bedingung. Darauf basieren meine Ausführungen.

Meine abschließenden Bemerkungen sollen noch einmal zusammenfassen, wie ich mir das skizzierte Zusammenwirken von Differenz und Gleichheit vorstelle. Ich habe versucht, deutlich zu machen, dass die Idee des wesentlich Gleichen als einer bloß tatsächlichen Unterscheidung nicht überzeugend ist. Es geht nicht um bloße Erkenntnis, sondern es kommt eine Entscheidungskompetenz mit ins Spiel, die eine gesellschaftliche, aber insbesondere natürlich eine politische Komponente hat. Und insofern bin ich Ihnen, Herr *Kirchhof*, dankbar für die Begriffstrias, die Sie eingebracht haben. Sie sagen, wir reden über Gesetz, Freiheit und Wirklichkeit. Das ist in der Tat das, was ich thematisieren wollte: Dass Gleichheit nicht etwas uns Vorgegebenes, zu Erschauendes ist. Stattdessen haben wir die Möglichkeit, Gleichheitsvorstellungen – „wesentlich gleich“, da steckt ja schon drin, dass es (auch) um etwas Normatives geht – mit zu modifizieren. Und natürlich wird das geprägt von Freiheitsvorstellungen. Selbstverständlich spielen die Freiheitsrechte da eine ganz große Rolle. Ich finde, ein wunderbares Beispiel hierfür ist die „Ehe für alle“, die natürlich keine Ehe für alle ist, sondern eine spezifische Öffnung des Ehebegriffs für homosexuelle Partnerschaften. Das ist eine freiheitsrechtlich sehr gut nachvollziehbare Entscheidung. Wir lösen uns vom Biologismus der Reproduktionsfähigkeit, ein ohnehin primitives und ungenaues Kriterium, und öffnen unser Eheverständnis: Zwangsheirat, Minderjährigenehe und ähnliches sind prinzipiell inakzeptabel. Hingegen sind Liebesgemeinschaften von Erwachsenen, die sich im Konsens dafür entscheiden, ihr Leben miteinander zu verbringen, unabhängig von der sexuellen Orientierung erfasst. Das ist freiheitsrechtlich überzeugend. Aber es eröffnet auch neuen Differenzierungsbedarf, neuen Begründungsbedarf. Wir müssen jetzt nämlich erklären, warum die Öffnung, die an dieser Stelle vorgenommen wird, nicht noch erweitert wird, warum nicht noch weitere Gemeinschaften in diesen Begriff der Ehe

integriert werden. Das scheint mir in der Tat der Ort zu sein, das nimmt die Bemerkung von *Gregor Kirchhof* auf, wo politische Gestaltung, also das Gesetz, eine große Bedeutung hat. Über solche Fragen müssen wir uns als Gesellschaft in unseren demokratischen Verfahren verständigen. Natürlich steht die Idee einer entsprechenden Gestaltung in Spannung zu der ja teilweise kaum fassbaren Vielfalt und Pluralität der Lebenswelt – man denke etwa an die sechzig unterschiedlichen Geschlechtszugehörigkeiten, unter denen man im sozialen Netzwerk Facebook wählen kann. Das dürfte im Recht nicht abbildbar sein. Wir kommen deshalb wohl nicht umhin, in gewisser Weise in Kategorien zu denken. Ob das durch das Rechtssystem oder schon sprachlich bedingt ist, darüber mag man sich streiten. Aber entziehen können wir uns dem nicht, sondern wir müssen bestimmte Kategorien bilden, müssen aber gleichzeitig kontinuierlich darüber nachdenken und letztlich Rechenschaft darüber ablegen, warum wir das so machen. Ich danke Ihnen sehr für die hochinteressanten Fragen und die spannende Diskussion!

Ute Sacksofsky: Damit sind wir am Ende der Aussprache angekommen. Ich bedanke mich ganz herzlich bei der Referentin und dem Referenten für zwei ausgezeichnete Vorträge. Ich bedanke mich bei den Diskutierenden für die enorme Zeitdisziplin trotz der teilweise gar nicht sichtbaren Ampel. Ich fand es sehr interessant. Ich hoffe, Ihnen ging es auch so und nehme das als ein gutes Zeichen für den weiteren Ablauf der Tagung. Möge sie weiterhin interessant und ertragreich sein.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

1. Referat von *Wolfram Cremer*, Bochum

Inhalt

I. Einleitung

1. Rechtsanwendungsgleichheit – eine Begriffsbestimmung

Sieht man die Publikationen unserer Vereinigung seit dem Jahre 1924 durch, ergibt sich der Befund, dass gleichheitsrechtliche Fragestellungen von den Vorständen eher selten adressiert worden sind.[1] Als Beratungsgegenstand ins Zentrum gerückt wurde „Gleichheit" lediglich 1926 in Münster und 1988 in Tübingen.[2] Und obschon durch die Formulierung der Beratungsgegenstände dieser Tagungen keineswegs nahegelegt, rückten sämtliche Referate die Rechtsetzungsgleichheit in den Mittelpunkt,[3]

---

[1] Selbstverständlich wurden gleichheitsrechtliche Aspekte immer wieder als Teil anderer Phänomene mitbe- und verarbeitet, kennt der allgemeine Gleichheitssatz doch anders als die (speziellen) Freiheitsgrundrechte keine sachbereichsbezogene Verengung, sondern ist in sachlicher Hinsicht – vorbehaltlich verdrängender spezieller Gleichheitsätze – ubiquitär anwendbar, s. *Stefan Huster* in: Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2017, Art. 3 Rn. 42 (2016); *Hans D. Jarass* Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), 345 (361 f.); *Friedrich Schoch* Der Gleichheitssatz, DVBl. 1988, 863 (864); *Ferdinand Wollenschläger* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.) Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 50 f.; *Paul Kirchhof* Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 239.

[2] Der erste Beratungsgegenstand der Münsteraner Tagung mit Referaten von *Erich Kaufmann* und *Hans Nawiasky* lautete: „Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung", VVDStRL 3 (1927), 2 ff.; 25 ff. Der erste Beratungsgegenstand der Tübinger Tagung mit Referaten von *Reinhold Zippelius* und *Georg Müller* lautete: „Der Gleichheitssatz", VVDStRL 47 (1989), 7 ff.; 37 ff. Eine gleichheitsrechtliche Ausrichtung weisen zudem folgende Beratungsgegenstände auf: *Matthias Jestaedt* und *Gabriele Britz* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 298 ff.; 355 ff.; *Ulrike Davy* und *Peter Axer* Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 (2008), 122 ff.; 177 ff.; *Winfried Kluth* und *Susanne Baer* Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2008), 246 ff.; 290 ff.; *Joachim Lege* und *Thorsten Kingreen* Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), 165 ff. Dezidiert unionsrechtlich adressiert wurde die Gleichheitsfrage 2009 im Arbeitskreis Europäisches Verfassungsrecht: *Stefan Huster* Gleichheit im Mehrebenensystem – Die Gleichheitsrechte der Europäischen Union in systematischer und kompetenzrechtlicher Hinsicht, EuR 2010, 325 ff.

[3] Diese Schwerpunktsetzungen erfolgten freilich aus guten Gründen. Das gilt in besonderer Weise für die Referate von *Kaufmann* und *Nawiasky* (Fn. 2), beförderten diese doch die Diskussion um die maßgeblich von *Gerhard Leibholz* in seiner 1925 erschienenen Dissertation „Die Gleichheit vor dem Gesetz" (instruktiv dazu *Manfred H. Wiegandt* Norm und Wirklichkeit, Gerhard Leibholz (1901–1982) – Leben, Werk und Richteramt, 1995, 100 ff.) vertiefte Frage einer Adressierung des Gesetzgebers durch Art. 109 WRV.

für die Rechtsanwendungsgleichheit wurden bestenfalls wenige Sätze reserviert.[4]

Aber nicht nur in unserer Vereinigung fristet die Rechtsanwendungsgleichheit ein Schattendasein. Während die Bindungen des Gesetzgebers an den allgemeinen Gleichheitssatz namentlich in der Kommentarliteratur breit und kontrovers diskutiert werden,[5] wird der in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Anspruch des Einzelnen auf Gleichheit in der Rechtsanwendung häufig kaum mehr als ausgesprochen.[6] Und mehr noch gilt dies für den Gleichheitssatz nach Art. 20 EU-Grundrechtecharta.[7] Aber warum ist das

---

[4] Vgl. zur von *Erich Kaufmann* konstatierten Irrelevanz einer grundrechtlichen Verbürgung der Rechtsanwendungsgleichheit (in Art. 109 WRV) sogleich das Zitat zu Fn. 9. In Leitsatz 5 propagiert *Kaufmann* (Fn. 2), 23, indessen immerhin die an den Gesetzgeber adressierte Verpflichtung, „bei der Ausgestaltung der materiellen Norm und der zu ihrer Durchführung bestimmten organisatorischen und Verfahrensnormen für ausreichende Garantien gegen eine ungleiche Anwendung“ zu sorgen. Erläuternde Ausführungen zu dieser These finden sich freilich nicht, da *Kaufmann* die geplanten Ausführungen zu dieser These im mündlichen Vortrag aus Zeitgründen aussparen musste (vgl. zu diesem Bekenntnis, ebd., 18.) und diese dementsprechend auch in der schriftlichen Fassung seines Referates fehlen. Und so wird leider nicht erkennbar, ob und ggf. inwiefern *Kaufmann* diese vorgebliche Verpflichtung als Reaktion auf den auch nach der WRV als Regelvollzug ausgestalteten Vollzug von Bundesrecht durch die Länder konzipiert. Ich werde diese These später (II. 3. b)) aufgreifen, näher entfalten und kommentieren. *Nawiasky* Gleichheit (Fn. 2), 37 f., misst der in Art. 109 WRV verbürgten Rechtsanwendungsgleichheit im Anschluss an *Fritz Fleiner* zwar eine dreifache Bedeutung zu – zu nennen ist vor allem die „Unzulässigkeit differenzierenden Gebrauches eines freien Ermessens“ –; die Ausführungen zur Rechtsanwendungsgleichheit sind aber insgesamt äußerst kursorisch und oberflächlich. Auch in den Aussprachen wurde „Rechtsanwendungsgleichheit“ kaum einmal berührt. Bemerkenswert ist in unserem Zusammenhang indessen die von *Kaufmann* in seinem Schlusswort (ebd., 60 f.) aufgegriffene und verallgemeinerte These *Richard Schmidts* (ebd., 46), wonach aus dem Gleichheitssatz des Art. 109 WRV folge, dass der Gesetzgeber „ein für alle gleiches Prinzip für das Maß der Strafzumessung“ vorgeben müsse. *Zippelius* Gleichheitssatz (Fn. 2), 30, streift die richterliche Rechtsanwendung.

[5] Beispielhaft sei die Diskussion um die Willkürformel und die sog. Neue Formel angeführt, welche sowohl analytisch wie auch in ihrer Bewertung ein – wohlmeinend formuliert – äußerst differenziertes Meinungsbild hervorgebracht und angereichert durch eigenständige (und -willige) Konzeptionen in der Literatur dazu geführt hat, dass ein verständiger Austausch – geschweige denn eine Verständigung – über dogmatische Grundstrukturen von Art. 3 Abs. 1 GG kaum mehr gelingt. Vgl. aus der Kommentarliteratur nur *Werner Heun* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 20 ff.; *Angelika Nußberger* in: Michael Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 8 ff., 13 ff.; *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 1), Art. 3 Abs. 1 Rn. 89 ff., 107 ff.

[6] S. etwa *Hans D. Jarass* in: ders./Bodo Pieroth (Hrsg.) Grundgesetz, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 3, 13; *Huster* in: Berliner Kommentar (Fn. 1), Art. 3 Rn. 47; *Sigrid Boysen* in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 67.

[7] S. die Nachweise unten Fn. 139.

so? Angesichts einer nicht zum Verschweigen von Rechtsproblemen neigenden Rechtswissenschaft[8] liegt die Vermutung nahe, dass das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit nicht erläuterungsbedürftig und nicht interpretationsfähig ist. Und genau dies hat *Erich Kaufmann* 1926 in Münster wie folgt pointiert: „Bloß auf die Gesetzesanwendung bezogen, besagt der Satz von der Gleichheit vor dem Gesetze nur etwas Selbstverständliches, ist er nur eine Trivialität. Dieser Gedanke hätte keiner grundrechtlichen Sanktion bedurft; er folgt aus den Begriffen des Gesetzes und der Gesetzesanwendung: ein allgemeines Gesetz anwenden, heißt gar nichts anderes als es gleichmäßig anwenden. Wenn ein Gesetz nicht sinnlos sein soll, muß es gleiche und allgemeine Anwendung finden. Etwas wirklich Bedeutendes besagt der Satz von der Gleichheit nur in seiner Anwendung auf den Gesetzgeber."[9]

In der Tat erscheint das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit *prima facie* als ein im guten Sinne einfacher Rechtssatz mit einem unzweideutigen Rechtsbefehl. Die zur Rechtsanwendung Berufenen, zuvörderst Verwaltung und Rechtsprechung, müssen jede Norm auf alle und in allen Fällen gleich anwenden. Während sich das Gebot der Rechtsetzungsgleichheit mit der Frage auseinanderzusetzen hat, ob unterschiedliche oder gleiche Behandlungen verschiedener Personen(gruppen) oder Sachen gerechtfertigt werden können,[10] trifft das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit jedenfalls idealiter auf eine bereits vorentschiedene Situation. Der Gesetzgeber bzw. der Rechtsetzer, das Gesetz bzw. die abstrakt-generelle Norm haben entschieden; Gerichte und Verwaltung wenden diese Entscheidung „nur" noch an. Diese Verpflichtung von Exekutive und Judikative bedarf in Anknüpfung an die Ausführungen *Kaufmanns* bezogen auf die Bundesrepublik Deutschland aber keines Rekurses auf einen im Gleichheitssatz wurzelnden Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit, sondern folgt bereits aus der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Bindung der Exekutive und Judikative an Gesetz und Recht. Das Gebot der Rechtsanwendungs-

---

[8] Zudem sollte die überragende praktische Bedeutung des Themas angesichts von 3.986.993 erledigten Verfahren – ohne Rücksicht auf die Art der Erledigung – der Zivil-, Familien-, Arbeits-, Straf-, Sozial-, Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit sowie des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 2015 außer Frage stehen, vgl. Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2017, <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/StatistischesJahrbuch/Justiz.pdf;jsessionid=296D5EB968ABBF95BA973A5C878040DE.InternetLive2?__blob=publicationFile> (Stand 29.10.2018), 312–314. Die Zahl der in Deutschland jährlich ergehenden Verwaltungsentscheidungen ist nicht erfasst.

[9] *Kaufmann* Gleichheit (Fn. 2), 6.

[10] Das kann unbeschadet des Streits um den Rechtfertigungsmaßstab als konsentiert gelten, vgl. nur *Heun* GG (Fn. 5), Art. 3 Rn. 19; *Paul Kirchhof* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz, 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 89 (2015).

gleichheit fügt dieser Pflicht bei einem gesetzlich eindeutig determinierten Handeln von Rechtsprechung und vollziehender Gewalt (objektivrechtlich) nichts hinzu.[11] Und wenn all dies so ist: Inwiefern sollte sich anderes ergeben, wenn die Rechtsanwendung auf einer anderen Ebene als die Rechtsetzung erfolgt, mithin in einem Mehrebenensystem? Auch insoweit gilt, dass Normanwendung, auf welcher Ebene auch immer, durch die Normgebung auf eben anderer Ebene vorentschieden ist.

Wollte der Vorstand uns also mit seiner Themenwahl einen entspannten Nachmittag schenken? Das erscheint zunächst prinzipiell unwahrscheinlich.[12] Und tatsächlich markiert das mir aufgegebene Thema in rechtsdogmatischer Perspektive ein Forschungsdesiderat.[13] Denn dem Zitat *Kaufmanns* liegt ein unterkomplexes, ja geradezu naives Verständnis von

---

[11] S. auch *Stefan Huster* Rechte und Ziele – Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1993, 15 f. m.w.N. Zur Subjektivierung eines in Art. 3 Abs. 1 GG fundierten Anspruchs auf Rechtsanwendungsgleichheit *Rolf Eckhoff* Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht – Die Verantwortung des Gesetzgebers für einen gleichmäßigen Vollzug des Einkommensteuerrechts, 1999, 540 ff.

[12] *Peter Häberle* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 66 (2007), 84 (84 f.), qualifiziert Zweifel an der Themenwahl von (blutjungen) Vorständen unserer Vereinigung gar als „unsittlich“, reklamiert aber für sich selbst und bzgl. der Begriffe „gestufte Rechtsordnungen“ und „Mehrebenenkonstitutionalismus“ eine Ausnahme.

[13] Vgl. zu dieser These auch *Armin Dittmann* Gleichheitssatz und Gesetzesvollzug im Bundesstaat – Föderative Ungleichheiten beim Vollzug von Steuergesetzen, in: Hartmut Maurer (Hrsg.) Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, 1990, 221 (228 f.); *Thomas Puhl* Gleichheit und parlamentarisches System – Bindung des Gesetzgebers, der Regierung, der Verwaltung, der Rechtsprechung, in: Rudolf Mellinghoff/Ulrich Palm (Hrsg.) Gleichheit im Verfassungsstaat, 2008, 67 (69 f.), die ihrerseits insoweit dogmatische Grundlagenarbeit geleistet haben. Instruktiv auch *Magdalena Pöschl* Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 755 ff. Zentrale rechtswissenschaftliche Beiträge, die dem Thema Gleichheit (und Vielfalt) in Mehrebenensystemen nicht zuletzt aus der Perspektive ungleicher Rechtsanwendung gewidmet sind, sind demgegenüber nicht primär rechtsdogmatisch ausgerichtet, s. *Stefan Oeter* Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat – Untersuchungen zu Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz, 1998; *Sigrid Boysen* Gleichheit im Bundesstaat, 2005; *Nicole Engels* Chancengleichheit und Bundesstaatsprinzip, 2001 sowie mit unionsrechtlicher Ausrichtung *Eva Julia Lohse* Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union – Instrumente, Funktionsmechanismen und Wirkparameter effektiver Harmonisierung, 2017. In gröbster Vereinfachung und mit unterschiedlicher Akzentsetzung ist es nicht zuletzt ein Anliegen der Monographien von *Oeter* und *Boysen* unter Einbeziehung verfassungs- und entstehungsgeschichtlicher sowie verfassungstheoretischer Bezüge eine Unitarisierung des deutschen Bundesstaates zu dokumentieren. Jenseits der bekannten „Auszehrung“ der Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch den Bund wird dies besonders akribisch für den Bereich des Vollzugs von Bundesgesetzen durch die Länder ausgebreitet und analysiert. Pointiert formuliert *Oeter* bereits einleitend (ebd., 12), dass das Bundesstaatsgefüge des Grundgesetzes gegenüber den Verschiebungen auf der Ebene der Gesetzgebung eine „sehr viel gefährlichere Unitarisierung im Bereich der Verwaltung“ erfahre.

Rechtsanwendung zu Grunde. Die Vorstellung, die zur Rechtsanwendung berufene Judikative und Exekutive agierten (stets) als bloße Subsumtionsautomaten, ist nicht nur im soziologisch-empirischen Sinne unzutreffend, sondern wird seit Langem auch in Rechtstheorie, juristischer Methodenlehre und Rechtsdogmatik zurückgewiesen.[14]

Freilich lässt sich zwischen Rechtsanwendung im engeren und weiteren Sinne unterscheiden. Während Rechtsanwendung im engeren Sinne (nach einem Maßstab praktischer Vernunft) alternativloses, weil durch die anzuwendende Norm determiniertes Entscheiden kennzeichnet, soll von Rechtsanwendung im weiteren Sinne die Rede sein, wenn und soweit die anzuwendende Norm Interpretations- bzw. Entscheidungsspielräume eröffnet.[15]

---

[14] S. unter Bezugnahme auf *Hans Kelsen* Reine Rechtslehre, 1934, 79 f., BVerfG, NVwZ 2016, 1630, Rn. 20: „Zwar ist richterliche Rechtsfindung nicht auf den Vollzug vorgegebener Normen in dem Sinne beschränkt, dass der Richter dabei als bloße `bouche de la loi´, das heißt als `Subsumtionsautomat´ fungieren würde. Vielmehr ist es jeder richterlichen Tätigkeit immanent, dass sie den Inhalt gesetzlicher Normen methodisch interpretiert und deren Anwendungsbereich definiert, um auf der Grundlage des positiven, abstrakt-generell formulierten Gesetzes im Einzelfall über dessen Anwendung zu entscheiden. Auch Rechtsanwendung ist insofern die Erzeugung von neuem, noch nicht bestehendem Recht auf der Grundlage und nach Maßgabe von anzuwendendem Recht, dessen Vorgaben mittels Rechtserkenntnis vom Rechtsanwender zu eruieren sind". Vgl. zudem *Jörn Ipsen* Richterrecht und Verfassung, 1975, 24; *Mehrdad Payandeh* Judikative Rechtserzeugung – Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, 2017, 26 ff. m.w.N. Implizite Zustimmung zu dieser Position ist auch § 35a VwVfG zu entnehmen, wenn dem dort akzeptierten vollautomatisierten Erlass von Verwaltungsakten in Bezug auf Ermessensnormen und Beurteilungsspielräume eine Grenze gesetzt wird. Dem entspricht das allgemeine Verständnis von Gesetzes*ausführung* i.S.d. Art. 83 ff. GG, welche eben auch dann vorliegt, wenn der Verwaltung beim Gesetzesvollzug Entscheidungsspielräume zustehen, s. nur *Engels* Chancengleichheit (Fn. 13), 57 f.; *Pieroth* in: Jarass/ders. (Fn. 6), Art. 83 Rn. 3.

[15] Damit soll selbstverständlich nicht in Abrede gestellt sein, dass diese Unterscheidung in praxi schwierige Abgrenzungsfragen aufwirft, dazu *Joseph Raz* The Authority of Law, Essays on Law and Morality, 2. Aufl. 2009, 181 ff. Alternativ mag man das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit bei der Verwaltung eingeräumten Entscheidungsspielräumen als nicht involviert ansehen und stattdessen das Gebot der Rechtsetzungsgleichheit. Insoweit handelt es sich indes um keine rechtsdogmatisch relevante Frage. Rechtsdogmatisch irrelevant ist die Frage, weil die unterschiedlichen Einordnungen und Etikettierungen im vorliegenden Zusammenhang in der Rechtsfolgenperspektive ohne Konsequenzen bleiben. Rechtsdogmatische Bedeutung käme der begrifflichen Zuordnung etwa zu, wenn der einschlägige Gleichheitssatz dergestalt (explizit) differenzierte, als das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit anderes verlangte als das Gebot der Rechtsetzungsgleichheit. Dann nämlich käme es darauf an, ob die „schöpferischen" Elemente exekutiven (jenseits von Verordnungsgebung und gesetzesfreier Entscheidungsgewalt) und/oder judikativen Entscheidens unter „Rechtsanwendung" oder „Rechtsetzung" zu subsumieren sind. Infolgedessen gälte es, die Rechtsbegriffe „Rechtsanwendung" und „Rechtsetzung" auszulegen und daran anschließend die „schöpferischen" Elemente exekutiven und judikativen Entscheidens den ausgelegten Rechtsbegriffen zuzuordnen, also zu subsumieren. Die hier

Indessen bleiben Exekutive und Judikative auch, soweit sie in Wahrnehmung von Interpretationsspielräumen oder gar rechtsfortbildend[16] entscheiden, darauf verpflichtet, den in der Norm und durch den Normgeber intendierten Normbefehl zu ermitteln.[17] Auch Rechtsanwendung im weiteren Sinne ist gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden und ein in diesem Sinne hermeneutischer Prozess.[18]

2. *Mehrebenensysteme – eine Auswahlentscheidung*

Anders als bei der Rechtsanwendungsgleichheit bedarf die Konturierung dessen, was Mehrebenensysteme phänomenologisch ausmacht, keiner größeren Anstrengungen. Ist die Bedeutung von „Mehrebenensystem" auch keineswegs unumstritten,[19] besteht doch ein weitgehender und im vorlie-

---

zuvörderst interessierenden allgemeinen Gleichheitssätze des Grundgesetzes und der EU-Grundrechtecharta kennen eine solche Differenzierung indes nicht.

[16] Ohne kategoriale Unterschiede zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung negieren zu wollen, ist auch die richterliche (und behördliche) Rechtsfortbildung auf eine organische Fortentwicklung des Rechts auszurichten, dazu *Ralf Poscher* Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin – Zum interpretativen Charakter der Rechtsfortbildung, in: Jakob Nolte/ders./Henner Wolter (Hrsg.) Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, Freundesgabe für Bernhard Schlink, 2014, 203 (208 ff.). Rechtsetzung ist demgegenüber nicht auf Entdeckung von Vorgegebenem, sondern auf (sachangemessene) Gestaltung angelegt, mag diese Gestaltung auch in einen rechtlichen Rahmen eingebettet sein, namentlich durch die Vorgaben höherrangigen Rechts, s. auch *Poscher* ebd., 208 f., 211.

[17] Pointiert für die Judikative *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung (Fn. 14), 500: „[D] ie Bezugnahme auf das Recht stellt auch den einzig legitimen Maßstab richterlicher Entscheidung dar".

[18] Hier ist nicht der Ort, Rechtsanwendung, Rechtsauslegung bzw. Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplinen – unter Einschluss der Bestimmung der Grenzen juristischer Hermeneutik – unter Rezeption der überbordenden wissenschaftlichen Literatur detailliert zu entfalten. Eine sachgerechte Erfassung des Phänomens der Rechtsanwendung(sgleichheit) verlangt jedenfalls mehr als die „bloße" Feststellung einer im Anschluss an die Arbeiten von *Hans Georg Gadamer* (Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 1975, 307 ff.) und *Josef Esser* (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung – Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, 1972, insb. 74 ff.) gewachsenen *communis opinio*, wonach Rechtsanwendung zumindest im Umgang mit „neuen" Sachverhalten (notwendig) produktive Elemente enthält. Instruktiv jüngst *Ralf Poscher* Legal Construction between Legislation and Interpretation, in: Jan von Hein/Hanno Merkt/Sonja Meier/Alexander Bruns/Yuanshi Bu/Silja Vöneky/Michael Pawlik/Eiji Takahashi (Hrsg.) Relationship between the Legislature and the Judiciary, 2017, 41 ff.; *ders.* Hermeneutics and Law, in: Michael Forster/Kristin Gjesdal (Hrsg.) The Cambridge Companion to Hermeneutics, i.E., 326 ff.

[19] Vgl. nur *Liesbet Hooghe/Gary Marks* Multi-Level Governance and European Integration, 2001, 3 f.; *Eva Julia Lohse* Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, DVBl. 2018, 1120 (1120 f.); *Stefan Kadelbach* Autonomie und Bindung der Rechtsetzung

genden Zusammenhang genügender Konsens, wonach die Rechtsunterworfenen in Mehrebenensystemen der Hoheitsgewalt nicht nur eines Verbandes unterworfen sind. Dies trifft zweifelsfrei auf Bundesstaaten sowie die Europäische Union zu, sind doch in diesen die Gesetzgebungskompetenzen zwischen der Zentralebene bzw. dem Zentralstaat und seinen (staatlichen) Gliedern aufgeteilt. Stärker noch verflochten ist ein Mehrebenensystem, wenn die Kompetenzen nicht auf horizontaler Ebene zwischen den Hoheitsträgern verteilt sind, sondern Entscheidungen, zuvörderst Rechtsanwendungsentscheidungen, als Ergebnis eines Zusammenspiels verschiedener Ebenen entstehen. Letzterem ist dieser Vortrag gewidmet und nicht zuletzt in Absprache mit dem Vorstand und meinem Mitberichterstatter werde ich mich insoweit auf die Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Union konzentrieren.[20] Dabei werde ich den Fokus zunächst isoliert auf die Rechtsanwendungsgleichheit im Bundesstaat[21] Bundesrepublik Deutschland richten. In den anschließenden unionsrechtlichen Teil werden die „deutschen“ Ergebnisse im Sinne einer Mehrebenenkumulation integriert.

3. Beispiele – Migrationsrecht

Bevor ich mich diesen rechtsdogmatischen Fragen systematisch nähere, möchte ich ungleiche Rechtsanwendung anhand zweier Beispiele,[22] auf

---

in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 7 (11); *Jürgen Bast* Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts, VVDStRL 76 (2017), 277 (306 f.); *Stephan Breitenmoser* Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), 9 (11 f.); *Kerstin Odendahl* Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), 49 (51 f.). Kritisch zum Begriff *Häberle* Diskussionsbeitrag (Fn. 12), 84 f.; *Marcus Schladebach* Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, NVwZ 2018, 1241 (1242).

[20] Die Auswahl wurde zudem dadurch motiviert, dass das Problemspektrum der Rechtsanwendungsgleichheit in verschiedenen klassischen Bundesstaaten wie etwa den Vereinigten Staaten von Amerika angesichts des regelmäßigen kompetenziellen Gleichlaufs von Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenzen substanziell reduziert ist, s. nur *Wolfgang Welz* in: Wolfgang Jäger/Christoph M. Haas/ders. (Hrsg.) Regierungssystem der USA, 3. Aufl. 2007, 84. Die unterschiedlichen Bundesstaatskonstruktionen (zur Schweiz, *René Rhinow/Markus Schefer* Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 821 f.) reichen bereits in die Zeit des Deutschen Reiches zurück, dazu *Gerhard Anschütz* Bismarck und die Reichsverfassung, 1899, 13 ff.; *Johann Caspar Bluntschli* Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl. 1886, 651 f.; *Oeter* Integration (Fn. 13), 34 f.

[21] Auf die hier nur punktuell angesprochene kommunale Ebene und namentlich auf Verwaltungsentscheidungen im Kontext pflichtiger Selbstverwaltungsentscheidungen sind die nachfolgend entwickelten Gedanken und Ergebnisse *mutatis mutandis* übertragbar.

[22] Jüngst zur Rechtsungleichheit im Spielhallenzulassungsrecht im Anschluss an BVerfG 1 BvR 1314/12 u.a. 7.3.2017 *Julian Krüper* Rechtsungleichheit im Bundesstaat, ZfWG 2018, 81 f.

welche ich punktuell zurückkommen werde, illustrieren. Die im Migrationsrecht beheimateten Beispiele adressieren die Rechtsanwendung, einmal gem. Art. 83 GG und einmal im bundeseigenen Vollzug, einmal ohne und einmal mit unionsrechtlicher Überformung. Gemeinsam ist den ausgewählten Beispielen, dass sie ob ihrer Bedeutung für das Leben und gar die Überlebenschancen des Einzelnen brennglasartig die fundamentale Bedeutung unterschiedlicher Rechtsanwendung deutlich machen sollen.

Durch das Integrationsgesetz 2016 wurde die sog. Ausbildungsduldung nach § 60a Abs. 2 S. 4 ff. AufenthG[23] neu gefasst.[24] Danach ist zur Erteilung einer solchen Duldung u.a.[25] erforderlich, dass ein „Ausländer eine qualifizierte Berufsausbildung[26] (…) in Deutschland aufnimmt oder aufgenommen hat“[27] „und konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht bevorstehen“. Die Norm enthält erkennbar eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe. Infolgedessen hat das Bundesinnenministerium Anwendungshinweise zur Duldungserteilung nach § 60a AufenthG erlassen,[28] denen mangels Zustimmung des Bundesrates freilich keine Verbindlichkeit

---

[23] Damit eng verbunden ist § 18a Abs. 1a AufenthG, der im Anschluss an die erfolgreiche Ausbildung einen Anspruch auf eine zweijährige Beschäftigungsduldung verbürgt. Gemeinsam bilden die beiden Normen die sog. 3 + 2 Regelung, näher dazu *Martin Fleuß* Die Ausbildungsduldung im Sinne des § 60a Abs. 2 S. 4 bis 12 AufenthG, VerwArch 2018, 261 ff.

[24] Zuvor handelte es sich um eine Ermessensnorm und die Tatbestandsvoraussetzungen wurden modifiziert. Die Neuregelung erfolgte ohne unionsrechtliche Induzierung.

[25] Darüber hinaus muss die Berufsausbildung in einem „staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf“ stattfinden (§ 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG) und es darf weder eine strafrechtliche Verurteilung im Sinne von § 60a Abs. 2 S. 6 AufenthG noch ein Fall des § 60a Abs. 6 AufenthG (Ausschluss der Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit bei Duldung) vorliegen.

[26] Dazu *Winfried Kluth/Wolfgang Breidenbach* in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hrsg.) BeckOK Ausländerrecht, 2018, § 60a AufenthG Rn. 27 (2018).

[27] In diesem Zusammenhang ist nicht zuletzt fraglich, ob in Fällen der Ausbildungsduldung, soweit die Ausbildung an sich als erlaubnispflichtige Tätigkeit i.S.d. § 4 Abs. 3 S. 3 AufenthG zu qualifizieren wäre, eine Beschäftigungserlaubnis vonnöten ist, so VGH Kassel, Beschl. v. 21.4.2017, Az. 3 B 826/17, 3 D 828/17, Rn. 9 ff., juris; OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.12.2016, Az. 8 ME 184/16, Rn. 6, juris; VG Münster, Beschl. v. 6.3.2017, Az. 8 L 391/17, Rn. 12, juris; anders wohl VGH Mannheim, Beschl. v. 13.10.2016, 11 S 1991/16, juris. Im Anschluss an die herrschende Auffassung erhebt sich die Frage, wie es miteinander in Einklang zu bringen ist, dass § 32 Abs. 1, 2 Nr. 2 BeschV für die Gewährung einer Ausbildungsduldung eine Tätigkeitserlaubnis voraussetzt, diese aber nur geduldeten Ausländern erteilt wird, dazu *Sebastian Röder/Philipp Wittmann* Aktuelle Rechtsfragen der Ausbildungsduldung, ZAR 2017, 345 (349).

[28] Allgemeine Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zur Duldungserteilung nach § 60a Aufenthaltsgesetz vom 30.5.2017, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/migration/anwendungshinweise-duldungsregelung.html> (Stand 29.10.2018).

zukommt.[29] Daneben existieren in mehreren Ländern teils untereinander divergierende Verwaltungsvorschriften.[30] Hier soll es genügen, auf eine Divergenz bzgl. der Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „Nichtbevorstehens konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung"[31] hinzuweisen. Während die zentrale Ausländerbehörde Niederbayern in ständiger Praxis auf den Zeitpunkt ihrer eigenen Entscheidung über die Ausbildungsduldung abstellt(e),[32] wird ganz überwiegend der Zeitpunkt der Antragstellung als maßgeblich qualifiziert.[33]

Anlass meines zweiten Beispiels sind zwei im März 2018 ergangene divergierende Urteile des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen bzgl. der Gewährung sog. subsidiären Schutzes nach dem Asylgesetz. Beide Verfahren betrafen Klagen irakischer Staatsangehöriger aus Bagdad.[34] Voraussetzung für die Gewährung subsidiären Schutzes ist nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AsylG sowie Art. 15 lit. c) der sog. EU-Qualifikationsrichtlinie[35] eine „ernsthafte individuelle Bedrohung" für Leib oder Leben des Aus-

---

[29] Art. 84 Abs. 2 GG verlangt für den Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften der Bundesregierung die Zustimmung des Bundesrates.

[30] Überblick über die Erlasse der Länder zur Ausbildungsduldung bei *Kirsten Eichler* Die Ausbildungsduldung nach § 60a Abs. 2 S. 4 ff. AufenthG, 2. Aufl. 2018, <https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/doc/2018-08_ausbildungsduldung-2018_web.pdf> (Stand 29.10.2018), 34.

[31] Dies geschieht zudem verengt auf die Frage, auf welchen Zeitpunkt bzgl. des „Nichtbevorstehens" von konkreten Aufenthaltsbeendigungsmaßnahmen abzustellen ist. Des Weiteren divergiert die Interpretation des Merkmals „konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung", dazu *Eichler* Ausbildungsduldung (Fn. 30), 11 ff.

[32] Vgl. zu dieser Praxis die Antwort des *Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr* vom 16.10.2017 auf die schriftliche Anfrage der Abgeordneten *Ruth Müller* vom 11.9.2017 in LT-Drs.17/18662. Danach hat die entscheidende Ausländerbehörde es grundsätzlich selbst in der Hand, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausbildungsduldung, die zum Zeitpunkt der Antragstellung gegeben sein mögen, nachträglich entfallen zu lassen, indem sie einschlägige Maßnahmen trifft oder abwartet. Anders deshalb zu Recht VGH München, Beschl. v. 22.1.2018, Az. 19 CE 18.51, juris; VGH BW, Beschl. v. 13.10.2016, Az. 11 S 1991/16, Rn. 20, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.11.2016, Az. OVG 12 S 61.16, Rn. 8, juris.

[33] Vgl. nur für Nordrhein-Westfalen: Runderlass des *Ministeriums für Kinder, Familie, Flüchtlinge und Integration* vom 17.5.2018, Az. 512-39.06.13-1-18-033, <https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?anw_nr=1&bes_id=38884&aufgehoben=N> (Stand 29.10.2018), Anlage, 19. Zu weiteren Nachweisen *Eichler* Ausbildungsduldung (Fn. 30), 13.

[34] Gemeinsam war den Klägern zudem ihre arabische Volks- und muslimisch-sunnitische Religionszugehörigkeit.

[35] RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 337 v. 20.12.2012, 9–26, ber. ABl. L 167 v. 30.6.2017, 58.

länders in seinem Herkunftsland.[36] Die Unionsgerichtsbarkeit lässt bzgl. des Merkmals „ernsthafte individuelle Bedrohung" jedwede substanzielle Präzisierung[37] vermissen,[38] überlässt die Entscheidung vielmehr der Beurteilung der zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte.[39] Das Bundesverwaltungsgericht verlangt für eine ernsthafte individuelle Bedrohung – vorbehaltlich des Vorliegens gefahrerhöhender persönlicher Umstände – „ein besonders hohes Niveau willkürlicher Gewalt". Zur Feststellung desselben bedarf es zunächst einer möglichst validen, empirisch gesättigten Prognose zur Quantifizierung der Gefahr. Dies erfordert, die Gesamtzahl der in einem Gebiet lebenden Zivilpersonen mit der Zahl der (in jüngerer Zeit) durch Akte willkürlicher Gewalt verletzten und getöteten Zivilpersonen in eine prozentuale Relation zu setzen.[40] Daran anschließend hat die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung „ein besonders hohes

---

[36] Genauer verlangen § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AsylG und Art. 15 lit. c) RL 2011/95/EU „eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts".

[37] Differenziert wird zwar zwischen Konstellationen mit und ohne „individuellen Gefährdungseinschlag" und das Merkmal „ernsthafte individuelle Bedrohung" erfährt allgemeine Umschreibungen, aber eben keine nennenswerte Präzisierung, vgl. dazu EuGH, 17.2.2009, Elgafaji, Rs. C-465/07, Rn. 35 ff.

[38] Im Unterschied dazu hat der EuGH die mitgliedstaatlichen Rechtsanwender bzgl. des Tatbestandmerkmals „innerstaatlicher bewaffneter Konflikt" auf eine (relativ) weite Auslegung festgelegt, EuGH, 30.1.2014, Diakite, Rs. C-285/12, Rn. 17 ff.

[39] Das bezieht sich auf Tatsachenfeststellung und Auslegung gleichermaßen, vgl. EuGH, 17.2.2009, Elgafaji, Rs. C-465/07, Rn. 35: „In diesem Zusammenhang ist das Adjektiv ‚individuell' dahin zu verstehen, dass es sich auf schädigende Eingriffe bezieht, die sich gegen Zivilpersonen ungeachtet ihrer Identität richten, wenn der den bestehenden bewaffneten Konflikt kennzeichnende Grad willkürlicher Gewalt nach der Beurteilung der zuständigen nationalen Behörden, die mit einem Antrag auf subsidiären Schutz befasst sind, oder der Gerichte eines Mitgliedstaats, bei denen eine Klage gegen die Ablehnung eines solchen Antrags anhängig ist, ein so hohes Niveau erreicht, dass stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass eine Zivilperson bei einer Rückkehr in das betreffende Land oder gegebenenfalls die betroffene Region allein durch ihre Anwesenheit im Gebiet dieses Landes oder dieser Region tatsächlich Gefahr liefe, einer ernsthaften Bedrohung im Sinne des Art. 15 Buchst. c der Richtlinie ausgesetzt zu sein."

[40] BVerwGE 136, 160 (375 f. Rn. 33): Erforderlich ist „eine jedenfalls annäherungsweise quantitative Ermittlung der Gesamtzahl der in dem betreffenden Gebiet lebenden Zivilpersonen einerseits und der Akte willkürlicher Gewalt andererseits, die von den Konfliktparteien gegen Leib oder Leben von Zivilpersonen in diesem Gebiet verübt werden, sowie eine wertende Gesamtbetrachtung mit Blick auf die Anzahl der Opfer und die Schwere der Schädigungen (Todesfälle und Verletzungen) bei der Zivilbevölkerung." Das Etikett „wertende Gesamtbetrachtung" verdeckt indessen, dass es sich jenseits der etwaigen Einbeziehung weiterer tatsächlicher Umstände um nichts anderes handelt, als die Subsumtion der empiriebasierten und prozentual bezifferten Gefahrprognose unter den unbestimmten Rechtsbegriff „ernsthafte individuelle Bedrohung" und mithin um dessen Auslegung.

Niveau willkürlicher Gewalt" etwa für Gefahrwahrscheinlichkeiten von 0,125%[41], 0,18%[42] und 0,19%[43] verneint. Gleichgerichtet hat die Kammer 8a des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen unter Zugrundelegung einer Opferwahrscheinlichkeit von 0,04% bis 0,056%[44] – unter Einbeziehung einer nicht unerheblichen Dunkelziffer – entschieden. Kammer 15a des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen hatte dagegen acht Tage zuvor die verfügbaren Quellen als Grundlage für eine verlässliche (prozentual quantifizierbare) Gefahrprognose für Iraker in Bagdad verworfen und den Klagen stattgegeben.[45]

II. Rechtsanwendungsgleichheit im Bundesstaat des Grundgesetzes

1. Exekutive Rechtsanwendung

a) Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG

Das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit adressiert zunächst die Exekutive und ist zuallererst als Forderung des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG zu erörtern.[46]

aa) Verbandseigener Gesetzesvollzug

Diesbezüglich wird zunächst der verbandseigene Vollzug und daran anschließend der Mehrebenenvollzug in den Blick genommen. Auf diese Weise lässt sich das mir gestellte Thema vom Allgemeinen zum Besonderen entfalten.

---

41 BVerwG, NVwZ 2012, 454 (456 Rn. 22 f.).

42 VGH München, Urt. v. 21.1.2010, 13a B 08.30283, Rn. 26 f., juris.

43 OVG Münster, Beschl. v. 29.10.2010, 9 A 3642/06.A, Rn. 66 f., NRWE.

44 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 15.3.2018, 8a K 1524/13.A, Rn. 72, juris. Ein Risikovergleich mit deutschen Städten fällt schwer, da die städtischen polizeilichen Kriminalstatistiken terroristische Anschläge nicht als eigenständige Kategorie ausweisen und „Gewaltkriminalität" (z.B. 0,37% 2017 in Bochum, <https://bochum.polizei.nrw/sites/default/files/2018-03/Kriminalstatistik_Bo_2017_0.pdf> [Stand 29.10.2018, 12 f.]) mit „gewalttätigen Auseinandersetzungen" nicht übereinstimmt. Nach *Martin Schröder* Warum es uns noch nie so gut ging und wir trotzdem ständig von Krisen reden, 2018, 207, lag die Wahrscheinlichkeit, im Jahr 2016 in Deutschland Opfer eines Terroranschlags zu werden, bei 26/82.000.000, entsprechend 0,00003171 %.

45 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 7.3.2018, 15a K 7127/16.A, juris.

46 Landesverfassungsrechtliche Verbürgungen des allgemeinen Gleichheitssatzes eignen sich vorliegend nicht, über Art. 3 Abs. 1 GG hinausgehende Bindungen zu begründen und bleiben im Folgenden deshalb unberücksichtigt.

(1) Intuitives vom Bundesverfassungsgericht – Rechtsanwendungsgleichheit als Grundforderung des Rechtsstaats

Bzgl. des bundeseigenen Vollzugs von Bundesrecht sowie des landeseigenen Vollzugs von Landesrecht mag man analog zur Gesetzgebung *prima facie* annehmen, dass eine uneinheitliche Rechtsanwendung im jeweiligen Hoheitsgebiet den allgemeinen Gleichheitssatz verletzt.[47] In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet Rechtsanwendungsgleichheit als eine Grundforderung des Rechtsstaats."[48]

(2) Forschungsdesiderat – Rechtsanwendungsgleichheit Allgemeiner Teil

Aber wie harmoniert das allgegenwärtige Gleichbehandlung vor dem Gesetz implizierende bundesverfassungsgerichtliche Postulat mit einem auch verbandsintern nicht selten vielstimmigen Gesetzesvollzug?[49]

(3) Rechtsanwendungsgleichheit – kompetenzakzessorisch statt ubiquitär

Die Antwort der herrschenden Literatur und der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung verwandelt die bundesverfassungsgerichtliche Verheißung allgegenwärtiger Rechtsanwendungsgleichheit in einen bloß kompetenzakzessorischen Grundsatz. So soll zwar jeder Sachbearbeiter sowie nach ganz h.M. auch jede Behörde[50] bzw. Stelle[51] an die eigene

---

[47] Parallel zur ersten Gewalt ließe sich formulieren: Der jeweils zuständige Gesetzgeber darf für seinen räumlichen Zuständigkeitsbereich ohne sachlichen Grund keine räumlich differenzierenden abstrakt-generellen Regeln erlassen und daran anschließend verlangt Gleichheit vor dem Gesetz jedenfalls für den verbandseigenen Vollzug Gleichmäßigkeit im gesamten Bundes- bzw. Landesgebiet. In diesem Sinne als *Grundsatz* gar unter Inkludierung des verbandsfremden Vollzugs qualifiziert von *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), 80; vgl. auch *Albert Bleckmann* Der allgemeine Gleichheitssatz beim Zusammenwirken des Europäischen Gemeinschaftsrechts mit dem nationalen Recht, NJW 1985, 2856 (2857 f.).

[48] BVerfGE 66, 331 (335 f.), dort im Kontext judikativer Rechtsanwendung.

[49] Wie bereits angesprochen stellt sich die Bindungsfrage nach Art eines allgemeinen Teils in gleicher Weise für die Anwendung von eigenem wie von fremdem, durch einen anderen Verband gesetzten Recht. Im Mehrebenensystem tritt die Frage hinzu, *soweit* man eine Bindung für den verbandseigenen Vollzug bejaht, ob und ggfs. inwieweit Rechtsanwendungsgleichheit auch ebenenübergreifend geschuldet ist. Vgl. zu Beispielen für verbandsintern divergierenden Gesetzesvollzug *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), Fn. 87 und 92 mit Fn. 90.

[50] S. nur BVerwGE 5, 1 (8 f.); 70, 127 (132); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2004, 50 (51); OVG Münster, DÖV 1953, 413; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 58; *Huster* in: Berliner Kommentar (Fn. 1), Art. 3 Rn. 47; *Kirchhof* Gleichheitssatz (Fn. 1), § 181 Rn. 35; *Heike Krieger* in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Begr./Hrsg.) Grundgesetz, 14. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 27; *Nußberger* in: Sachs (Fn. 5), Art. 3 Rn. 81; *Jost Pietzcker* Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 95; *Adal-*

Verwaltungspraxis gebunden sein; weiter soll die Bindung aber nicht reichen. Insbesondere würden die einer Behörde gesetzlich eingeräumten Entscheidungsspielräume nicht durch die Entscheidungen anderer Behörden verengt.

Zur Begründung dieser Position wird meist (allein) auf gleichgerichtete bundesverfassungsgerichtliche Formulierungen Bezug genommen, wo es etwa heißt: „Verschiedene Auslegung und Anwendung derselben Rechtsvorschriften durch verschiedene Behörden oder Gerichte verletzen noch kein Verfassungsrecht.“[52] Indes stammt dieses Zitat ebenso wie andere regelmäßig in Bezug genommene bundesverfassungsgerichtliche Zitate[53] aus Judikaten, welche zu divergierenden Entscheidungen von Behörden *verschiedener* Länder ergangen sind. Gravierender noch fehlt es diesen bundesverfassungsgerichtlichen *obiter dicta*[54] an einer Begründung für die Nichtbindungsthese.

(4) Rechtsanwendungsgleichheit – zurechnungs- und verantwortlichkeitsakzessorisch oder der Verband als monolithischer Block

Soweit die zwischenbehördliche Nichtbindungsthese in der Literatur vereinzelt begründet wird, heißt es, Verwaltungshandeln werde stets der einzelnen Behörde *zugerechnet*[55] bzw. nur diese trete dem Bürger gegenüber in Erscheinung und sei für die Entscheidung *verantwortlich*.[56] *Tho-*

---

bert Podlech Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, 130; *Wolfgang Rüfner* in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 162 (1992); *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 1), Art. 3 Abs. 1 Rn. 196; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 6) Art. 3 Rn. 67.

[51] *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 6), Art. 3 Rn. 3, 13.

[52] BVerfGE 21, 87 (91).

[53] Bezugnahmen erfolgen zudem auf BVerfGE 75, 329 (347); 76, 1 (73); 79, 127 (158) sowie häufig BVerfGE 1, 82 (85): „Beruht aber die abweichende Entscheidung verschiedener Behörden zu denselben Bestimmungen auf einer verschiedenartigen Rechtsauslegung, so liegt darin nicht eine Verletzung des verfassungsmäßigen Grundrechts der Gleichheit vor dem Gesetz, sondern es könnte sich lediglich in dem einen Falle der verschiedenartigen Entscheidungen um eine unrichtige Rechtsauslegung und damit um eine unrichtige Entscheidung handeln.“

[54] Um solche handelt es sich, weil es fallbezogen ausgereicht hätte, eine Bindung im Verhältnis von Behörden verschiedener Verbände zu verneinen. Das wiedergegebene Zitat des Bundesverfassungsgerichts geht aber wie weitere – etwa das in Fn. 53 angeführte Zitat – in seiner rechtlichen Aussage darüber hinaus, adressiert es doch auch Konstellationen unterschiedlicher Rechtsanwendung von Behörden ein und desselben Verbandes.

[55] *Günter Dürig* in: Theodor Maunz/ders. (Begr.) Grundgesetz, Art. 3 Rn. 440 f. (1973); ferner *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 6), Art. 3 Rn. 13.

[56] *Maximilian Wallerath* Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, 76 ff.

mas Puhl hat diesen „Argumenten" Unschärfe, gar Zirkelschlüssigkeit vorgeworfen,[57] sei die gleichheitsrechtliche Fragestellung doch gerade auf die Zurechnungs- und Verantwortlichkeitsfrage gerichtet. Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz bedürfe einer verfassungsinternen Anknüpfung. Daran fehle es aber jenseits einer Kompetenzübertragung im Sinne von Art. 83 GG. Soweit Bundesrecht durch den Bund und Landesrecht durch die Länder vollzogen werde, bleibe es bei einer strikten Bindung an den Gleichheitssatz.[58]

Dem ist insoweit zuzustimmen, als ein Abweichen von verfassungsrechtlich *(prima facie)* Gebotenem, etwa des durch Art. 3 Abs. 1 GG Gebotenen, der verfassungsinternen Rechtfertigung bedarf. Nicht dargetan ist indes, dass der Normbefehl des Art. 3 Abs. 1 GG exekutives Verhalten stets als solches des zugehörigen Verbandes qualifiziert. Anders formuliert: *Puhl* hat die Zurechnungskonstruktion der Gegenposition zwar zu Recht als zirkelschlüssig qualifiziert, selbst aber schlicht unterstellt, dass Art. 3 Abs. 1 GG die Zurechnung im Sinne der Verbandszugehörigkeit geregelt hat. Und damit ist man auf die Interpretation von Art. 3 Abs. 1 GG zurückgeworfen.

(5) Rechtsanwendungsgleichheit – in der Reihe und in der Zeit

Insoweit ist der Fokus auf die nur vermeintlich vom Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit abschweifende Frage zu richten, ob der Gleichheitssatz jenseits der Gleichheit in der Reihe auch die Gleichheit in der Zeit schützt. Diese Frage wird zwar bzgl. einer Selbstbindung der Legislative weitgehend verneint[59] und bzgl. einer Selbstbindung der Judikative kontrovers diskutiert,[60] bzgl. der normvollziehenden Exekutive aber

---

[57] *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), 97: „bestenfalls ein unscharfes Etikett für die Fragestellung, trägt aber zu deren Beantwortung kaum bei". Jenseits von *Puhl* wird die vereinzelt vertretene Gegenposition zur h.M. – soweit ersichtlich – kaum substanziell begründet, s. aber *Otto Bachof* Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 4–12), JZ 1962, 399 (402); *Podlech* Gehalt (Fn. 50), 129 f.

[58] Andernfalls – die suggestive Kraft dieses Beispiels mag ein jeder auf sich wirken lassen – dürften in Baden-Württemberg 206 untere Baurechtsbehörden 206 unterschiedliche Antworten auf die Frage geben, ab welchem Zeitraum einer faktisch-passiven Duldung eines Schwarzbaus eine Abrissverfügung ausgeschlossen ist. In Konsequenz all dessen sei jede staatliche Stelle des jeweils zuständigen Verwaltungsträgers im Rahmen des ihr rechtlich und faktisch Möglichen in der Pflicht, durch Verwaltungsvorschriften und gegebenenfalls Einzelweisungen für eine gleichheitskonforme Ausfüllung gesetzlicher Konkretisierungsspielräume zu sorgen, *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), 88 ff.

[59] *Uwe Kischel* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz, 2018, Art. 3 Rn. 102 (2018); *Heun* in: Dreier (Fn. 5) Art. 3 Rn. 39 ff.; *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 1), Art. 3 Rn. 213; *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu (Fn. 50), Art. 3 Rn. 47; anders *Kirchhof* Gleichheitssatz (Fn. 1), Rn. 224.

[60] Dazu unten II. 2. b).

kaum einmal dezidiert gestellt. Vielmehr heißt es weitgehend stereotyp, eine Bindung an eine bestehende Verwaltungspraxis aus Art. 3 Abs. 1 GG bestehe solange, als keine grundsätzliche Änderung dieser Praxis herbeigeführt werden soll, und hinzugefügt, dass eine solche Änderung begründungspflichtig sei.[61] Für die exekutive Rechtsanwendung wird eine Bindung an den Gleichheitssatz in der Zeit mithin (nahezu) einmütig bejaht.

Demgegenüber möchte ich zeigen, dass eine schrittweise Rekonstruktion und Decodierung des herrschenden Narrativs dieses in sein Gegenteil verkehrt. Nochmal: Die Behauptung lautet, es bestehe eine Bindung durch den Gleichheitssatz an vorgängige Entscheidungen und eine Lösung von dieser Bindung sei rechtfertigungsbedürftig. Das überzeugt nicht und zwar aus einem Grunde, der ob seiner schlichten Anknüpfung an das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG auf den ersten Blick überraschen mag. Lassen Sie mich *Erich Kaufmann* in Erinnerung rufen: Die Rechtsanwendungsgleichheit (im engeren Sinne) folgt bereits aus der Bindung des Rechtsanwenders an das gesetzte Recht. Das Grundgesetz bringt diese Gesetzesbindung in Art. 20 Abs. 3 zum Ausdruck und zwar ohne die exekutive Rechtsanwendung im weiteren Sinne auszunehmen. Infolgedessen ist der jeweils zur Entscheidung berufene Amtswalter trotz einer fehlenden Determinierung seiner Entscheidung gem. Art. 20 Abs. 3 GG zur im Rechtssinne (für ihn) bestmöglich begründeten Entscheidung verpflichtet.[62] Rechtsstaatlich gebundene Rechtsanwendung auferlegt dem Rechtsanwender die Interpretation des Rechts als hermeneutischen Prozess – und zwar jedes Mal aufs Neue und ohne dass der Gleichheitssatz eine Kontinuität der Rechtsanwendung in der Zeit auch nur *prima facie* verlangt.[63] Und obwohl

---

[61] *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 58; *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 6), Art. 3 Rn. 44; *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher* Grundrechte, 34. Aufl. 2018, Rn. 589; *Michael Kloepfer* Staatsrecht, Bd. II, 2010, § 59 Rn. 52; *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu (Fn. 50), Art. 3 Rn. 19; *Nußberger* in: Sachs (Fn. 5), Art. 3 Rn. 118; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 6), Art. 3 Rn. 78. Des Weiteren wird bei Bestehen von einschlägigen Verwaltungsvorschriften eine über Art. 3 Abs. 1 GG vermittelte Bindung an diese schon für die erste Entscheidung angenommen, wird doch eine dementsprechende gleichmäßige Beachtung der Verwaltungsvorschriften antizipiert, s. nur *Kingreen/Poscher* ebd. Rn. 589; *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24 Rn. 27 f.; *Winfried Kluth* in: Hans. J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/ders. (Begr./Hrsg.) Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 31 Rn. 62.

[62] Nur diese Grundposition vermag im Übrigen (bruchlos) zu erklären, warum unbestimmte Rechtsbegriffe gerichtlich voll überprüfbar sind. Und diese Position hat der Gesetzgeber etwa in § 35a VwVfG im Umkehrschluss zweifelsfrei rezipiert.

[63] Dessen unbeschadet sind Änderungen der Entscheidungspraxis die statistisch seltene Ausnahme. Vgl. zu Rechtsprechungsänderungen die quantitative Untersuchung von *Lorenz Kähler* Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, 96 ff.; zum US Supreme Court *Michael J. Gerhardt* The Power of Precedent, 2008, 34 f.

Ermessensbetätigung nicht als hermeneutischer Prozess zu qualifizieren ist, verpflichten Ermessensnormen den Entscheider grundsätzlich in jedem Einzelfall aufs Neue zur Betätigung des Ermessens für den jeweiligen Einzelfall.[64]

Die hier vertretene Ablehnung jeglicher (Selbst)Bindung durch den Gleichheitssatz in der Zeit tritt dem herrschenden Narrativ einer Bindung an vorgängige Entscheidungen also dogmatisch-konstruktiv entschieden entgegen, ist aber in der Sache mit ihm versöhnbar, soweit nicht mehr gefordert wird als eine bloße Begründung für das Abweichen von der vorgängigen Entscheidungspraxis. Anderes gilt, soweit „besondere Gründe" für das Abweichen von einer vorgängigen Praxis verlangt werden, also mehr als die bloße Begründung der Entscheidung aufgrund gewandelter oder im Vergleich zu anderen Entscheidern abweichender rechtlicher Einsichten[65] – oder gar gefordert wird, dass ein Beibehalten der geübten Praxis „willkürlich" wäre.[66]

Wieso die Exekutive durch den Gleichheitssatz zu einer solchen *materiell* qualifizierten Begründung bzw. Rechtfertigung jenseits einer bereits begründeten Normauslegung und -anwendung verpflichtet sein soll, ist

---

[64] Auf dieser Grundlage ergibt sich im Übrigen für den rechtsdogmatischen Umgang mit der „Gleichheit im Unrecht" eine klare Konzeption. Wenn das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit in der Zeit von vornherein nicht wirksam wird und der Rechtsanwender gem. Art. 20 Abs. 3 GG an das Gesetz gebunden ist, muss er sich in seiner Entscheidung nicht an in der Vergangenheit liegenden rechtswidrigen Entscheidungen orientieren. Eine Rechtsanwendung, welche sich von einer rechtswidrigen Rechtsanwendungspraxis löst, gerät folglich nicht einmal *prima facie* in Konflikt mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG; vgl. auch *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 61; *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu (Fn. 50), Art. 3 Rn. 19; *Wilfried Erbguth/Annette Guckelberger* Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 14 Rn. 47; *Pöschl* Gleichheit (Fn. 13), 754 f. und für den unionsrechtlichen Kontext *Walter Frenz* Handbuch Europarecht, Bd. 4, Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 3204; *Thorsten Kingreen* in: Dirk Ehlers (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 21 Rn. 15; *Kerstin Odendahl* in: Sebastian Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.) Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 43 Rn. 24; *Matthias Rossi* in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 20 GRC Rn. 16. Wer dies anders sieht, hat zu begründen bzw. zu rechtfertigen, warum resp. ob und unter welchen Voraussetzungen von der vorgängigen rechtswidrigen Praxis abgewichen werden darf, in diesem Sinne *Nußberger* in: Sachs (Fn. 5), Art. 3 Rn. 46 ff.; *Rudolf Streinz* in: ders. (Hrsg.) EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 20 GRC Rn. 12.

[65] *Dürig* in: Maunz/ders. (Fn. 55) Art. 3 Rn. 450; *Kischel* in: BeckOK GG (Fn. 59) Art. 3 Rn. 113; *Schladebach* Rechtsanwendungsgleichheit (Fn. 19), 1243; *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 6), Art. 3 Rn. 35; *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 1), Art. 3 Abs. 1 Rn. 192; wohl auch *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 6), Art. 3 Rn. 37 u. 78; *Franz-Joseph Peine* Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2014, Rn. 139, 223.

[66] *Gerhard Leibholz* Die Gleichheit vor dem Gesetz – Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, 2. Aufl. 1959, 161.

begründungspflichtig, aber wohl nicht begründbar.[67] Das mag nicht zuletzt eine BGH-Rechtsprechung illustrieren, wonach Rechtsprechungsänderungen[68] nicht bereits aus Gründen besserer Rechtserkenntnis zulässig sein sollen, sondern „zwingender gegenteiliger Argumente"[69] resp. „deutlich überwiegende(r) oder sogar schlechthin zwingende(r) Gründe" bedürfen.[70] Gestützt wird diese Position auf „Rechtswerte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes"[71], ohne dass eine verfassungsrechtliche Verortung dieser „Rechtswerte" erfolgt.[72] Vor allem aber vermag es der BGH selbst nicht, diese programmatischen Aussagen in eine kohärente Rechtsprechungspraxis zu überführen, werden eigene Rechtsprechungsänderungen doch ohne Rekurs auf „deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe" legitimiert.[73] Dies ist nicht zu kritisieren; vielmehr

---

[67] Zutreffende Kritik bei *Hartmut Maurer* Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 142 f.; ferner *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), Rn. 144; BVerwGE 46, 89 (90 f.); 104, 220 (223 ff.).

[68] Unter einer Rechtsprechungsänderung wird hier verstanden, dass über die gleiche Rechtsfrage ein weiteres Mal entschieden wird und die neuerliche Bewertung von der vorherigen abweicht, s. auch *Stefan Lunk* Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Michael Martinek/Peter Rawert/Birgit Weitemeyer (Hrsg.) Festschrift Dieter Reuter, 2010, 689 (694); *Frank Rosenkranz* Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, 2015, 63.

[69] BGHZ 68, 225 (237) und bereits BGHZ 66, 8 (13), wonach durch eine Rechtsprechung ein „grundsätzlich zu beachtender Vertrauenstatbestand geschaffen [worden sei], den zu beseitigen sich nur aus ganz schwerwiegenden Gründen rechtfertigen ließe."

[70] BGHZ 85, 64 (66).

[71] BGHZ 85, 64 (66). Bereits BGHZ 52, 365 (370) rekurriert insofern auf „Gründe der materiellen Gerechtigkeit oder der Rechtssicherheit" und den „Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes". Ebenso BGHZ 132, 6 (11), wo diesbezüglich die Rede ist von „Schranken aus dem rechtsstaatlichen Prinzip der Rechtssicherheit, welche für den Bürger in erster Linie Vertrauensschutz bedeutet." Instruktiv zu dieser Rechtsprechung *Franz Bydlinski* Richterrecht über Richterrecht – Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen zur beschränkten Bindungskraft von Präjudizien, in: Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich (Hrsg.) 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, 3 ff.

[72] Ein Anknüpfungspunkt für die Notwendigkeit des Vorliegens qualifizierter, also besonders gewichtiger Gründe wegen des Abweichens von einer bestehenden Entscheidungspraxis mag sich *im Einzelfall* aus Vertrauensschutzgesichtspunkten ergeben. Insoweit lässt sich an die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Rechtsprechungsänderungen anknüpfen, vgl. nur BVerfGE 78, 123 (126 f.); 122, 248 (277 f.).

[73] Näher dazu *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung (Fn. 14), 310 ff. Streng genommen – man mag es auch spitzfindig nennen – liegt in dieser Nichtbeachtung der selbst gestellten Anforderungen an eine Rechtsprechungsänderung selbst eine Rechtsprechungsänderung, welche nach den Prämissen des BGH ihrerseits durch „deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe" gerechtfertigt werden müsse – soweit man nicht annimmt, dass der BGH die postulierten Anforderungen an eine Rechtsprechungsänderung

zeigt sich darin die Unhaltbarkeit einer Programmatik, welche beim Wort genommen für die Zulässigkeit von Rechtsprechungsänderungen grobe Fahrlässigkeit verlangt, nämlich sich selbst zuvor beständig einer signifikant plausibleren Auslegung verschlossen und missachtet zu haben, was jedem hätte einleuchten müssen. Nach allem verpflichtet der Gleichheitssatz die Exekutive „lediglich“ bei zeitgleichen Entscheidungen[74] zur gleichmäßigen Rechtsanwendung.[75]

bb) Mehrebenenvollzug

Im Mehrebenenvollzug nach Art. 83 GG sowie bei einem gemeindlichen Vollzug von Bundes- oder Landesrecht im Bereich weisungsfreier Selbstverwaltungsangelegenheiten[76] ist eine ebenenübergreifende Bindung an

---

(implizit) durch die eigene Praxis aufgegeben hat und folglich schon im ersten Falle eines Abweichens von diesen Anforderungen keine „deutlich überwiegenden oder sogar schlechthin zwingenden Gründe“ mehr vorbringen muss.

[74] Ein Beispiel bilden Ermessensentscheidungen über die Erteilung von Platzverweisen gegenüber allen friedlichen Teilnehmern einer gewalttätigen Versammlung in einem bestimmten Zeitpunkt.

[75] Daraus folgt allerdings nicht, dass die Exekutive bei der Rechtsanwendung im weiteren Sinne jenseits mehrerer gleichzeitiger Entscheidungen niemals durch den Gleichheitssatz auf eine Norminterpretation bzw. Ermessensausübung festgelegt sein kann. Vielmehr existiert im Einzelfall eine gesetzesakzessorische Bindung der Rechtsanwendung an den Gleichheitssatz. Der Gleichheitssatz verpflichtet die Exekutive in Verbindung mit der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gesetzesbindung auf eine bestimmte Norminterpretation, wenn jede andere Entscheidung im Vergleich mit einer anderen im Entscheidungszeitpunkt (eindeutig) geltenden gesetzlichen Regelung eine mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbare Ungleichbehandlung verursachte. Art. 20 Abs. 3 GG bewirkt in diesem Zusammenhang, dass zur Vermeidung eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz nicht etwa der Gesetzgeber sich an die norminterpretierende Exekutive (oder Judikative), sondern die gesetzesgebundene zweite und dritte Gewalt an die Vorgaben der ersten Gewalt anpassen muss. Verglichen wird also nicht mit einer früheren Entscheidungspraxis, sondern mit gesetzlich eindeutig geregelten Fällen, wobei die gleichen Kriterien zur Bestimmung des Prüfungsmaßstabs in Gestalt der Willkürformel bzw. der sog. Neue Formel (so BVerfGE 58, 369 [373 f.]) anzulegen sind wie beim Gebot der Rechtsetzungsgleichheit. Der Gleichheitssatz adressiert die exekutive als auch die judikative Rechtsanwendung (dazu BVerfGE 58, 369 [373 ff.]) insoweit nicht als Gebot gleichmäßiger Auslegung und Anwendung einer bestimmten Norm, sondern entsprechend der für den Gesetzgeber zu Art. 3 Abs. 1 GG entwickelten Dogmatik der Rechtsetzungsgleichheit und mithin im Sinne einer gesetzesakzessorischen Bindung der Rechtsanwendung an den Gleichheitssatz. Auf Grund dieses Wirkungsmechanismus scheidet eine Abbreviatur als „gesetzesakzessorische Rechtsanwendungsgleichheit“ aus, geht es doch nicht um eine Gleichheit der Rechtsanwendung.

[76] Zur insoweit notwendigen Differenzierung zwischen Selbstverwaltungsaufgaben und Staatsaufgaben *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), 92 f. mit Fn. 93–95.

den Gleichheitssatz abzulehnen.[77] Diese ganz herrschende Position[78] erfolgt regelmäßig und zu Recht unter schlichtem Hinweis auf die entsprechende grundgesetzliche Kompetenzzuteilung.

b) *Verfassungsrechtlich geschuldete gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes*

aa) *Bundestreue/Teleologie der Kompetenzzuordnung*

Jenseits des Gleichheitssatzes wird ein verbandsübergreifendes Gebot exekutiver Rechtsanwendungsgleichheit verfassungsrechtlich mit dem Grundsatz der Bundestreue[79] sowie mit dem Sinn und Zweck verfassungsrechtlicher Kompetenzübertragungen, namentlich an den Bund, in Verbindung gebracht.[80] Diese Anknüpfungen sind aber von vornherein nicht dazu geeignet, die im Einzelfall entscheidende Exekutive an ein fremdes Entscheidungsverhalten zu binden[81] – schon weil nicht dargetan wird und sinnvoll auch nicht dargetan werden kann, wer wen durch sein Entscheidungsverhalten wann bindet.[82]

bb) *Vertrauensschutz*

Das Bundesverfassungsrecht hat zutreffend judiziert, dass der Einzelne aus Gründen des Vertrauensschutzes grundsätzlich keinen Anspruch auf Gleichheit in der Rechtsanwendung reklamieren kann.[83] Anders als das

---

[77] Insoweit ist nicht erforderlich, dass das Grundgesetz einen Mehrebenenvollzug verbindlich vorsieht. Es genügt, wenn die Verfassung autonome Entscheidungsspielräume der Verwaltung zulässt bzw. deren Begründung verlangt.

[78] Vgl. nur BVerfGE 21, 54 (68); 76, 1 (73); BVerwGE 70, 127 (132); BFHE 144, 9 (14); *Boysen* Gleichheit (Fn. 13), 215 ff.; *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), 80 f.

[79] Vgl. *Dittmann* Gleichheitssatz (Fn. 13), 238; *Hartmut Bauer* Die Bundestreue, 1991, 330 f.; *Holger Vogel* Ungleichheiten beim Vollzug von Steuergesetzen im Bundesstaat, 2000, 278 ff.

[80] *Dittmann* Gleichheitssatz (Fn. 13), 230 f.

[81] Als Adressaten kommen – worauf noch zurückzukommen sein wird (unten II. 3.) – allein der oder die Gesetzgeber resp. die Ministerialbürokratie in Betracht, welche durch Gesetzgebung, Verwaltungsvorschriften oder Koordination zwischen den Ländern für eine einheitliche Rechtsanwendung sorgen könnten.

[82] Schwieriger zu beurteilen ist eine von anderen Rechtsanwendungen abweichende Rechtsanwendung, die ob ihrer Abweichung eine (massive) Beeinträchtigung eines Freiheitsgrundrechts bewirkt. Diskutiert wird diese Frage – soweit ersichtlich – bislang allein und im Anschluss an das erste Numerus clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts mit Blick auf unterschiedliche *gesetzliche* Regelungen der Länder, dazu *Engels* Chancengleichheit (Fn. 13), 130 ff.

[83] Bezogen auf die Judikative BVerfGE 122, 248 (277): „Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschut-

Willkürverbot[84] kann der rechtsstaatlich oder/und grundrechtlich fundierte Grundsatz des Vertrauensschutzes die Exekutive aber im Einzelfall auf Kontinuität in der Rechtsanwendung verpflichten.[85] Dies ist freilich kein spezifischer Ausdruck des Gleichheitssatzes und der Rechtsanwendungsgleichheit und hier deshalb nicht zu vertiefen.

c) Conclusio und Kontextualisierung unter Einbeziehung verwaltungsinterner und judikativer Überformung

Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt im Mehrebenenvollzug kein Gebot gleicher Rechtsanwendung und bzgl. des verbandseigenen Normvollzugs sind nur zeitgleiche Rechtsanwendungsentscheidungen adressiert. Dessen unbe-

---

zes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält". S. auch BVerfGE 84, 212 (227 f.); 38, 386 (397). Bezogen auf die Exekutive BVerwGE 46, 89 (90 f.). Instruktiv dazu *Kryll-A. Schwarz* Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip – Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen, 2002, insb. 351 ff., 363 ff.; *Anna Leisner* Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, 591 ff., 615 ff.; *Manfred Löwisch* Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderungen aus der Sicht des Bundesarbeitsgerichts, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, 1994, 601 (610 ff.).

[84] Im Anschluss an eine bundesverfassungsgerichtliche Judikatur, welche judikativer Rechtsanwendungs*un*gleichheit eine in Art. 3 Abs. 1 GG wurzelnde Willkürgrenze setzt, mag man die bislang – soweit ersichtlich – nicht gestellte Frage aufwerfen, ob eine solche Grenze auch für die exekutive Rechtsanwendung gilt. Verletzt ist das Willkürverbot nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung u.a., wenn ein Gericht für seine von der ständigen bzw. höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichende Position jegliche Begründung schuldig bleibt, vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.7.2014, Az. 1 BvR 1063/14, Rn. 13, juris; BVerfG, NJW 2003, 501 (502); BVerfG, NJW 1995, 2911 (2911 f.). Als verletzt angesehen wird das Willkürverbot aber auch jenseits jeder Vergleichsperspektive, wenn ein Gericht eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder den Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet, BVerfGE 87, 273 (279); 83, 82 (85 ff.); 86, 59 (62 ff.). Bereits dieser weite und eben gleichheitsunspezifische Anwendungsbereich verdeutlicht, dass die Verankerung *dieses* Willkürverbots in Art. 3 Abs. 1 GG nicht überzeugt. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutsamer ist aber noch, dass die begründungslose Abweichung von einer gängigen Praxis als Verstoß gegen das Willkürverbot jedenfalls keinen Anspruch des betroffenen Einzelnen auf Gleichheit in der Rechtsanwendung begründen, sondern zunächst nur zu einer Aufhebung der willkürlichen Entscheidung führen könnte, ohne dass die normvollziehende Behörde bei der Neuentscheidung durch die gerichtliche Entscheidung – sei es eine Kassation oder ein Bescheidungsurteil – auf eine Kontinuität in der Rechtsanwendung verpflichtet wäre. Eine Abweichung bedarf eben – wie soeben ausgeführt – „lediglich" einer Begründung im Hinblick auf die Norminterpretation oder Ermessensausübung.

[85] Zur Judikative BVerfGE 122, 248 (278): „Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden." Zur Exekutive BVerfGE 49, 168 (186); BVerwGE 46, 89 (91).

schadet gewährleisten behördliche Weisungen sowie norminterpretierende oder ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften in ihrem jeweiligen räumlichen Anwendungsbereich ob ihrer verwaltungsinternen Bindungswirkung Anwendungsgleichheit, bleibt eine Missachtung der Verwaltungsvorschriften auch im Außenverhältnis ohne Konsequenzen.[86] Jenseits des (grundsätzlich)[87] im politischen Ermessen stehenden Erlasses von Verwaltungsvorschriften resp. Weisungen zieht die Judikative einer Vielfalt exekutiver Rechtsanwendung auf der Grundlage einer nach wie vor weitgehend akzeptierten, von der Rechtsprechung praktizierten und vom Gesetzgeber rezipierten[88] Dogmatik insoweit eine Grenze, als unbestimmte Rechtsbegriffe und mithin ihre Auslegung und Anwendung durch die Exekutive gerichtlich voll überprüfbar sind.[89] Soweit der Exekutive freilich Ermessen sowie im Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, vermag die Judikative nicht zur einheitlichen Rechtsanwendung beizutragen.

Wendet man sich vor diesem Hintergrund den skizzierten Divergenzen bei der Gewährung von Ausbildungsduldungen nach dem AufenthG zu, liegt darin, einerlei ob sie auf Entscheidungen der Behörden eines oder verschiedener Bundesländer beruhen, keine Verletzung des in Art. 3 Abs. 1 GG verbürgten Gebots der Rechtsanwendungsgleichheit. Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften der Länder vermögen demgegenüber landesintern eine gleiche Rechtsanwendung der konkretisierten unbestimmten Rechtsbegriffe zu bewirken – etwa bzgl. des negativen Tatbestandsmerkmals „Nichtbevorstehen konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung".[90] Zur Gewährleistung einer bundeseinheitlichen Rechtsanwendung wäre erforderlich, dass die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates Verwaltungsvorschriften gem. Art. 84 Abs. 2 GG erlässt. Dessen unbescha-

---

[86] S. nur *Steffen Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 867 ff. Eine Ausnahme wurde für normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften entwickelt. Grundlegend BVerwGE 72, 300 (320 f.); 107, 338 (341); 110, 216 (218), dazu *Joachim Wolf* Die Kompetenz der Verwaltung zur „Normsetzung" durch Verwaltungsvorschriften, DÖV 1992, 849 (856 ff.); *Udo di Fabio* Verwaltungsvorschriften als ausgeübte Beurteilungsermächtigung, DVBl. 1992, 1338 (1344 ff.); *Hans Peter Bull/ Veith Mehde* Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 238 ff.

[87] Zu ausnahmsweise bestehenden Vereinheitlichungspflichten unten III. 3. b).

[88] Implizit aber unmissverständlich § 35a VwVfG.

[89] Ohne das bereits an dieser Stelle zu vertiefen, folgt aus der letztlich durch das Bundesverwaltungsgericht erfolgenden Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des Bundesrechts, dass diese Auslegung anschließend – ungeachtet einer fehlenden Verbindlichkeit jenseits des zu entscheidenden Einzelfalls – regelmäßig von Exekutive (und Judikative) zu Grunde gelegt wird.

[90] Vgl. I. 3. mit Fn. 32 und 33.

det wird das Bundesverwaltungsgericht durch seine Auslegung der beurteilungsspielraumfreien unbestimmten Rechtsbegriffe des § 60a AufenthG *de facto* eine weitgehend bundeseinheitliche Rechtsanwendung herbeiführen.[91]

2. *Judikative Rechtsanwendung*

Habe ich bisher über die Judikative nur als Korrektiv ungleicher exekutiver Rechtsanwendung gesprochen, wende ich mich der Judikative nunmehr als Adressat des Gebots der Rechtsanwendungsgleichheit zu.[92]

a) *Mehrebenenperspektive*

Anders als bzgl. Gesetzgebung und Verwaltung sind durch die Rechtsprechung bewirkte mehrebenenspezifische Ungleichheiten kaum einmal Thema deutscher Bundesstaatlichkeit,[93] obschon das Grundgesetz Bund und Ländern auch auf dem Gebiet der Rechtsprechung Kompetenzen zuteilt. Danach ist die Errichtung der Gerichte gem. Art. 92 GG jenseits

---

[91] Dies gilt umso mehr, als die Entscheidung über die Gewährung einer Aufenthaltsduldung nach der Novellierung von § 60a AufenthG nicht mehr als Ermessensentscheidung, sondern als gebundene Entscheidung ausgestaltet ist.

[92] Nicht näher eingegangen werden kann auf das dem Kontext judikativer Rechtsanwendungsgleichheit zugehörige, aber systematisch bzw. intradisziplinär wenig beachteten Phänomen judikativen Ermessens. Bezeichnet ist damit die Nichtüberprüfbarkeit bzw. -ersetzbarkeit gerichtlicher Ermessensentscheidungen durch die Rechtsmittelgerichte. So wird den erstinstanzlichen Strafgerichten – im Falle einer Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils ggfs. auch der zweiten Instanz – ein nur auf Ermessensfehler überprüfbares Strafzumessungsermessen eingeräumt (vgl. *Walter Stree/Jörg Kinzig* in: Adolf Schönke/Horst Schröder [Begr.] Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 46 Rn. 68), ohne dass dies im Gesetz deutlich zum Ausdruck käme und obwohl die strafrechtliche Sanktionspraxis nach Bundesländern, OLG-Bezirken und gar Landgerichtsbezirken bei im Wesentlichen gleichen Sachverhalten seit Langem nicht unerheblich variiert. In der kriminologischen Forschung sind entsprechende Befunde valide dokumentiert, vgl. nur *Volker Grundies* Gleiches Recht für alle? – Eine empirische Analyse lokaler Unterschiede in der Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, in: Frank Neubacher/Nicole Bögelein (Hrsg.) Krise – Kriminalität – Kriminologie, 2016, 511 ff. und bereits für die 1920er Jahre *Franz Exner* Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931. Dagegen billigt die zivilgerichtliche Rechtsprechung entgegen dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen einem i.S.v. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB erstentscheidenden Gericht kein vergleichbares Ermessen zu, vgl. *Volker Rieble* in: J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, 2015, § 315 BGB Rn. 506. Auch wenn in diesen Divergenzen kein Verfassungsverstoß liegt, mag es doch lohnen, in einen fachsäulenübergreifenden Trialog darüber einzutreten.

[93] Paradigmatisch *Boysen* Gleichheit (Fn. 13), deren Diagnose föderativer Ungleichheiten im Bundesstaat der Bundesrepublik Deutschland sich auf Gesetzgebung und Verwaltung konzentriert, sowie *Engels* (Fn. 13), deren „Chancengleichheit und Bundesstaatsprinzip“ gewidmete Schrift der Rechtsprechung nicht einmal drei Seiten (58 ff.) widmet.

des Bundesverfassungsgerichts sowie der in Art. 95 und 96 GG genannten Bundesgerichte Sache der Länder. Infolgedessen sind die Gerichte der Länder gleichermaßen für die Anwendung von Landes- wie Bundesrecht zuständig. Aber anders als beim exekutiven Gesetzesvollzug i.S.v. Art. 83 GG [94] ist der Bund – im Rahmen des Instanzenzuges – befugt, durch seine Gerichte als oberste Gerichtshöfe, die Entscheidungen der durch die Länder eingerichteten Gerichte zu überprüfen, aufzuheben und zu ersetzen bzw. zur Neuentscheidung unter Beachtung seiner Rechtsauffassung zurückzuverweisen.[95] Dabei verfolgt die Errichtung der obersten Gerichtshöfe auf Bundesebene im Anschluss an Art. 95 Abs. 1 und 3 GG primär das Ziel einer einheitlichen Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung von Bundesrecht.[96] Unbeschadet dessen besteht Einigkeit, dass sich aus Art. 95 Abs. 1 und 3 GG keine Bindung der Gerichte an die höchst- bzw. obergerichtliche Rechtsprechung jenseits des Einzelfalls ergibt.[97]

---

[94] Im Rahmen des Vollzugs nach Art. 83 GG steht dem Bund in Gestalt der Bundesregierung zwar gem. Art. 84 Abs. 3 S. 1 GG die Rechtsaufsicht zu, er kann aber jenseits der Bundesauftragsverwaltung und Art. 84 Abs. 5 GG weder im Einzelfall eine verbindliche Weisung erteilen, noch die Einzelentscheidung im Nachhinein aufheben bzw. substituieren.

[95] Diese Überprüfungs-, Aufhebungs- und Ersetzungsbefugnisse sind freilich auch bezogen auf das Bundesrecht nicht bei den Bundesgerichten monopolisiert, sondern stehen jedem Rechtsmittelgericht im jeweiligen Instanzenzug zu.

[96] *Claus Dieter Classen* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.) Grundgesetz, Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 92 Rn. 35; *Monika Jachmann* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz, 2018, Art. 95 Rn. 17 (2011). Vgl. auch die Eigenaufgabenbeschreibung des BGH, <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/dasGericht_node.html> (Stand 26.10.2018). Daneben tritt die „richtige" Entscheidung des jeweiligen Einzelfalls, auch dazu *Classen* ebd., Art. 92 Rn. 35. Vgl. zur Entstehungsgeschichte von Art. 95 Abs. 1 GG die Berichte der Abgeordneten *Carlo Schmid* und *Georg August Zinn* aus den Sitzungen des Plenums bzw. des Hauptausschusses vom 6.5.1949, in: Hans-Peter Schneider/Jutta Kramer (Hrsg.) Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 23 (Art. 92 bis 96), Teilband II, 2003, 1200 und 1202. Ohne dass damit ein Beitrag zur Gewährleistung von Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem Bundesstaat geleistet würde, eröffnet Art. 99 2. Alt. GG dem Landesgesetzgeber im Übrigen die Möglichkeit, den in Art. 95 Abs. 1 GG genannten Bundesgerichten für den letzten Rechtszug die Entscheidung in solchen Sachen zuzuweisen, bei denen es sich um die Anwendung von Landesrecht handelt.

[97] Für solche Bindungen mag es andere verfassungsrechtliche Anknüpfungen geben; diese können aber angesichts der Verteilung der Rechtsprechungskompetenzen im deutschen Bundesstaat ihre Wirkungen von vornherein nur mehrebenen*un*spezifisch entfalten. Wohl aber mag man aus Art. 95 GG ableiten, dass die Bindung von Untergerichten (z.B. AG) an die verbandseigene Rechtsprechung (z.B. zugehöriges OLG) nicht etwa stärker sein kann als die Bindung an die verbandsfremde Rechtsprechung der Bundesgerichte. Anders wohl *Christoph Gusy* Richterrecht und Grundgesetz, DÖV 1992, 461 (469).

b) Bindung der Judikative an Art. 3 Abs. 1 GG

Auch bzgl. der Judikative wird eine „prinzipielle" Bindung an den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG unter Rekurs auf Art. 1 Abs. 3 GG und einen historisch übernommenen gleichheitsrechtlichen Kernbestand einmütig bejaht.[98] Freilich wird im Anschluss an das Bundesverfassungsgericht regelmäßig hinzugefügt, dass abweichende Auslegungen derselben Norm „durch verschiedene Gerichte" das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzten, Richter gem. Art. 97 Abs. 1 GG unabhängig seien und ein Gericht folglich nicht daran gehindert sei, eine von allen anderen, auch im Rechtszug übergeordneten Gerichten abweichende eigene Rechtsauffassung zu vertreten.[99] Die Rechtspflege sei ob der Unabhängigkeit der Richter „konstitutionell uneinheitlich".[100] Klarheit bzgl. einer Bindung der Rechtsprechung an Art. 3 Abs. 1 GG wird damit nicht geschaffen. Denn das Spannungsverhältnis zwischen dem Gebot der Gleichheit „vor dem Gesetz" einerseits und der Unabhängigkeit der Rechtsprechung andererseits wird zwar angedeutet, nicht aber aufgelöst. Dazu ist zweierlei anzumerken. Die in Art. 97 Abs. 1 GG verbürgte Unabhängigkeit gewährt der Rechtsprechung keine Unabhängigkeit oder Freiheit vom Gesetz, sondern nur im Rahmen der Gesetze[101] unter Einschluss von Art. 3 Abs. 1 GG. Art. 3 Abs. 1 verbürgt i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG ein u.a. an die Judikative adressiertes Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit. Es ist aber in Anlehnung an die Ausführungen zur exekutiven Rechtsanwendung kein transtemporär wirkendes Gebot; Richter und Gerichte werden durch Art. 3 Abs. 1 GG nicht einmal an ihre eigene vorgängige Rechtsprechung gebunden.[102]

---

[98] Vgl. nur *Rainer Riggert* Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG), 1993, 42; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 62 f.; *Heinrich Amadeus Wolff* in: Dieter Hömig/ders. (Hrsg.) Grundgesetz, 11. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 5; *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), 101; s. auch BVerfGE 66, 331 (335 f.).

[99] BVerfGE 78, 123 (126); 87, 273 (278).

[100] Die Formulierung stammt wohl von *Dürig* in: Maunz/ders. (Fn. 55) Art. 3 Rn. 410; aufgegriffen in BVerfGE 78, 123 (126); 87, 273 (278).

[101] *Christian Hillgruber* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz, 2018, Art. 97 Rn. 25 f. (2008); *Gerd Morgenthaler* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) BeckOK GG, 2018, Art. 97 Rn. 7 (2018).

[102] A.A. etwa *Franz Bydlinski* Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149 (153 f.); *Christoph Gusy* „Wirklichkeit" in der Rechtsdogmatik, JZ 1991, 213 (222); *Dirk Olzen* Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Zivilsachen, JZ 1985, 155 (158).

c) *Verfassungsrechtlich geschuldete gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes*

Verfassungsrechtlich fundierte Verpflichtungen der Judikative auf gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes sind entsprechend der Ausführungen zur Exekutive lediglich im Einzelfall und gleichheitsrechts-*un*spezifisch anzuerkennen, namentlich unter Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes.[103] In der Literatur wird indes mit unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Anknüpfung[104] für eine (insbesondere) an die Judikative gerichtete normative Wirkung von Präjudizien geworben.[105] Eingefordert wird etwa eine Pflicht zur Kenntnisnahme von und zur Auseinandersetzung mit einschlägigen Präjudizien unter Einschluss eines Verbots der Abweichung ohne sachlichen Grund.[106] Ohne die anspruchsvolle Frage nach der verfassungsrechtlichen Bedeutung von Präjudizien hier auch nur andeutungsweise behandeln zu können, lässt sich ein Gebot gleicher Rechtsanwendung daraus nicht ableiten. Allerdings mögen die an eine präjudizielle Wirkung anknüpfenden Konzeptionen den *grosso modo* in die gleiche Richtung weisenden Willkürverboten gleich welcher Provenienz in ihrer rechtsdogmatischen Herleitung überlegen und daraus feiner justierte Rechtsfolgen für die richterliche (und exekutive) Rechtsanwendung ableitbar sein.

d) *Prozessrecht und Rechtsanwendungsgleichheit*

Ungeachtet der (geringen) materiell-verfassungsrechtlichen Verpflichtungen zur Rechtsanwendungsgleichheit, impliziert nicht zuletzt Art. 95 Abs. 1 und 3 GG die verfassungspolitische Erwartung, das Prozessrecht auf das Ziel einer einheitlichen Rechtsprechung auszurichten.[107] Mag

---

[103] Etwaige Verstöße gegen das Willkürverbot durch die Judikative führen lediglich zu einer Kassations- oder Neubescheidungsentscheidung, dazu oben Fn. 84. Der Grundsatz der Bundestreue sowie die Teleologie der Kompetenzordnung adressieren entsprechend obiger Ausführungen (II. 1. b) bb)) allenfalls den Gesetzgeber resp. die Ministerialbürokratie.

[104] *Martin Kriele* Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, 243 ff. (Art. 95 GG); *Franz Bydlinski* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 506 ff. (Rechtssicherheit und Grundsatz proportionaler Gleichheit); *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung (Fn. 14), insbesondere 188 ff., 250 ff. (Rechtsstaats- und Demokratieprinzip), m.w.N. 259 mit Fn. 457.

[105] Instruktiv zu Richterrechtsfortbildung und Präjudizienwesen immer noch *Esser* Vorverständnis (Fn. 18), 187 ff.

[106] So *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung (Fn. 14), 259 ff.

[107] Obschon es an belastbarer Empirie mangelt, besteht Einigkeit, dass die höchstgerichtliche Judikatur eine kaum zu überschätzende faktische Bindung entfaltet. Der BGH selbst formuliert gar, dass die Instanzgerichte seiner Rechtsauffassung „faktisch fast aus-

man dem Bundesgesetzgeber insoweit auch keine grundsätzlichen Versäumnisse vorwerfen,[108] erscheint die (auch) quantitativ bedeutsame asylgerichtliche Rechtsprechung doch aus rechtsmittelrechtlichen[109] i.V.m. tatsächlichen Gründen in besonderer Weise uneinheitlichkeitsanfällig.[110]

---

nahmslos“ folgen, <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/dasGericht_node.html> (Stand 29.10.2018).

108 Vgl. diesbezüglich zu den einzelnen Prozessordnungen des Bundesrechts *Peter Gottwald* in: Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/ders. (Hrsg.) Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 134 Rn. 21; *Klaus Volk/Armin Engländer* Grundkurs StPO, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 1; *Friedhelm Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 41 Rn. 1, 6; *Ulrich Meyer-Holz* in: Theodor Keidel/Helmut Engelhardt/Werner Sternal (Hrsg.) FamFG, 19. Aufl. 2017, § 70 Rn. 5 f.; *Eberhard Eichenhofer* Sozialrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 267; *Roman Seer* in: Klaus Tipke/Joachim Lang (Hrsg.) Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 22 Rn. 236; *Ulrich Koch* in: Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (Hrsg.) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 64 ArbGG Rn. 4, § 72 ArbGG Rn. 7 ff.

109 Der asylgesetzliche Ausschluss der Berufungszulassung durch das Verwaltungsgericht entspricht der nach der 6. VwGO-Novelle für das gesamte Verwaltungsprozessrecht geltenden Rechtslage, dazu *Konrad Redeker* Reform der Reform – Die kommende 7. VwGO-Novelle, NVwZ 2001, 411 ff. Deren nachfolgende Änderung wiederum zielte auf die Vermeidung von Verfahrensverzögerungen, vgl. BT-Drs. 14/6393, 12. Geradezu konträr zu den allgemeinen Regeln der VwGO stellt sich § 78 Abs. 1 AsylG dar: Entzieht § 124a Abs. 1 S. 3 VwGO dem Verwaltungsgericht ausdrücklich die Nichtzulassung der Berufung, so wird ihm in § 78 Abs. 1 AsylG eine Rechtsmittelblockade – allerdings nicht durch Nichtzulassungsentscheidung, sondern im Wege qualifizierter Klageabweisung – gerade ermöglicht. Zwar dürfte die Beeinträchtigung der Rechtseinheit, welche aus der Rechtszugverkürzung resultiert, dadurch eingedämmt werden, dass Divergenzen in Evidenzfällen regelmäßig gar nicht auftauchen resp. nicht entscheidungserheblich sein werden. Jedoch erstreckt § 78 Abs. 1 S. 2 AsylG die Unanfechtbarkeitssanktion auf weitere, selbstständig zu beurteilende Klagebegehren, mithin auch auf ihrerseits potenziell durchaus strittige Sachfragen, dazu *Martin Seeger* in: Andreas Heusch/Winfried Kluth (Hrsg.) BeckOK Ausländerrecht, 2018, § 78 AsylG Rn. 8 (2018). Dies ist mit Blick auf den Gesichtspunkt der Rechtseinheit namentlich deshalb problematisch, weil häufig hinsichtlich der (ggf. unproblematischen) Entscheidung über den Asylantrag einerseits und weiterer (ggf. problematischer) Klagebegehren andererseits jeweils dieselben Fragen zusammentreffen werden. Soweit die Klage gegen die Entscheidung über den Asylantrag bei Klägern aus einem bestimmten Herkunftsland qualifiziert abgewiesen wird, sind damit Fragen wie diejenige nach dem Bestehen einer erheblichen konkreten Gefahr i.S.d. § 60 Abs. 7 S. 1, 2 AufenthG bei Vorliegen bestimmter Erkrankungen und eines hieraus resultierenden Abschiebungsverbotes der obergerichtlichen Klärung entzogen. Bzgl. der Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 1, 2 AufenthG findet § 78 Abs. 1 S. 2 AsylG nach der ratio von BVerfG, NVwZ, 2018, 1563 (dazu S*eeger*, ebd., Rn. 7) dagegen keine Anwendung.

110 Zudem erscheint die Annahme wenig verwegen, dass Entscheidungen über Aufenthaltsgewährungen für Ausländer (Asyl, Flüchtlingsstatus, subsidiärer Schutz, Duldung) besonders vorverständnisanfällig sind. *Lisa Riedel/Gerald Schneider* Dezentraler Asylvollzug diskriminiert, Anerkennungsquoten von Flüchtlingen im bundesdeutschen Vergleich (2010–2015), Politische Vierteljahresschrift 2017, 21 (22), belegen in ihrer Studie signifikante Unterschiede zwischen den Bundesländern beim Asylvollzug.

Andeutungsweise illustrieren lässt sich dies anhand der geschilderten Entscheidungsdivergenzen innerhalb des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen zur Gewährung subsidiären Schutzes an Iraker aus Bagdad. Gem. § 78 Abs. 2 und 3 Nr. 1 und 2 AsylG kann eine Berufung gegen Urteile des Verwaltungsgerichts vom Oberverwaltungsgericht nur zugelassen werden, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder von obergerichtlichen Entscheidungen entscheidungserheblich abgewichen wird.[111] Als Anknüpfungspunkt für eine Berufungszulassung kommt eine Abweichung von der Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts durch die subsidiären Schutz gewährende Entscheidung der Kammer 15a des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen in Betracht. Zweifelhaft erscheint indes, ob Kammer 15a von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abgewichen ist[112] oder ihrer Entscheidung „lediglich" eine gegenüber der Kammer 8a abweichende Tatsachenfeststellung zu Grunde liegt.[113] Unterschiedliche Tatsachenfeststellungen eröffnen den Weg zur Berufungszulassung aber nicht – und insoweit handelt es sich in Asylverfahren um ein quantitativ signifikantes[114] Phänomen.[115]

---

[111] § 78 Abs. 3 Nr. 3 AsylG kann hier ausgeklammert bleiben.

[112] Eine abweichende Rechtsauffassung mag man darin sehen, dass Kammer 15a die ermittelten Tatsachen unter Berücksichtigung der Dunkelziffer rechtlich anders gewürdigt hat – vgl. zum Erfordernis einer „wertenden Gesamtbetrachtung" oben Fn. 40 – als die obergerichtliche Rechtsprechung.

[113] Trotz der konkretisierenden bundesverwaltungsgerichtlichen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „ernsthafte individuelle Bedrohung" mag auch eine Zulassung aufgrund grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache in Betracht kommen, soweit man auf die rechtliche Würdigung im Umgang mit (von beiden Kammern konstatierten) Dunkelziffern bezüglich des Merkmals „ernsthafte individuelle Bedrohung" abstellt. Den Umgang mit Dunkelziffern (seitens des BVerwG) abstrakt-generell zu konkretisieren, ist allerdings alles andere als anspruchslos.

[114] Zu nennen sind insoweit die unterschiedliche Rechtsprechung verschiedener Oberverwaltungsgerichte zur tatsächlichen Situation in Afghanistan (VGH München, Beschl. v. 11.4.2017, Az. 13a ZB 17.30294, juris; VGH Kassel, Beschl. v. 13.6.2018, Az. 7 A 150/18.Z, juris; VGH Mannheim, Urt. v. 16.10.2017, Az. A 11 S 512/17, juris) sowie divergierende verwaltungsrechtliche Judikate im Hinblick auf die Gewährung subsidiären Schutzes für syrische Wehrdienstverweigerer, s. OVG Münster, NVwZ 2017, 1218 einerseits; VGH München, Urt. v. 14.2.2017 – 21 B 16.31001, juris andererseits.

[115] Problemverschärfend kommt hinzu, dass abgelehnte Kläger, etwa Iraker aus Bagdad, vortragen mögen, dass sich die tatsächliche Situation in ihrem Herkunftsland nach dem ablehnenden Urteil verschlechtert und sie mithin einen Asyl-Folgeantrag zu stellen berechtigt wären. Bezogen auf die Geschäftsverteilung am Verwaltungsgericht Gelsenkirchen wäre es bezüglich des Folgeantrags vom Zufall abhängig, ob eine Zuständigkeit der Kammer 8a oder der Kammer 15a begründet wird – Kammer 15a hätte der Klage bereits ohne Verschlechterung der Lage stattgegeben.

3. *Gesetzgeber und Ministerialbürokratie als Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit*

Im Anschluss an die Rechtsanwender untersuche ich nachfolgend, ob und ggfs. wann Gesetzgeber und Ministerialbürokratie grundgesetzlich verpflichtet sind, uneinheitlicher Rechtsanwendung vorzubeugen bzw. entgegenzutreten. Insofern möchte ich kategorial zwei Konstellationen[116] unterscheiden.

a) *Strukturelles Vollzugsdefizit*

Zunächst wird der Gesetzgeber durch Art. 3 Abs. 1 GG adressiert, wenn ein Widerspruch zwischen dem normativen Befehl der materiell pflichtbegründenden Norm und der nicht auf Durchsetzung angelegten Vollzugsnorm besteht.[117] Diese für den Bereich des Steuerrechts[118] und Steuervollzugs[119] vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Position[120] wird man

[116] Hinweisen möchte ich weiter auf ein Phänomen, welches bislang sachbereichsübergreifend kaum thematisiert wird, dem strukturellen Vollzugsdefizit aber eng verwandt ist und welches ich als „planmäßig ungleichen Vollzug“ etikettieren möchte. So kann ein planmäßig an beliebigen oder gar sachfremden Kriterien ausgerichteter Vollzug dem strukturellen Vollzugsdefizit vergleichbar zu einer gänzlich ungleichen und nicht rechtfertigungsfähigen Belastung der Normadressaten führen. Diskutiert wird das etwa im Kontext des Steuervollzuges, s. nur *Roman Seer* in: Klaus Tipke/Heinrich Wilhelm Kruse (Hrsg.) AO/FGO, 153. EL 2018, § 88 Rn. 66 (2017). Berichtet wird aber auch, dass die Überprüfung von Parkverstößen sich nicht etwa am Gefahrenpotenzial der Verstöße ausrichtet, sondern an der Einträglichkeit der Kontrollen, so dass seltene, aber vergleichsweise gravierende Parkverstöße vor Schulen seltener sanktioniert werden als Parkverstöße wegen Überschreitung der Parkzeit in den Innenstädten. Beim planmäßig beliebig ungleichen Vollzug verletzt zwar primär die planende Exekutive den Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit nach Art. 3 GG; sekundär sind aber auch die Rechtsaufsicht und ggfs. der Gesetz- bzw. Normgeber durch den Gleichheitssatz im Sinne einer Reaktionspflicht adressiert.

[117] Insoweit ist nicht etwa die Exekutive adressiert, denn diese ist ob der gesetzlichen Fehlprogrammierung gar nicht in der Lage, für eine Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung Sorge zu tragen.

[118] Grundlegend *Eckhoff* Rechtsanwendungsgleichheit (Fn. 11), 516 ff.

[119] Der Grundgedanke findet sich bereits in BVerfGE 48, 127 – Wehrpflicht.

[120] BVerfGE 84, 239 – Zinsen bei privaten Kapitalerträgen; 110, 94 – Spekulationsgeschäfte. Zu dieser Rechtsprechung *Helmut Goerlich* Anm. zu BVerfGE 84, 239, JZ 1991, 1139; *Peter Selmer* Anm. zu BVerfGE 110, 94, JuS 2004, 719 ff.; *Stephan Meyer* Strukturelle Vollzugsdefizite als Gleichheitsverstoß – Defizite und aktuelle Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2005, 551 ff.; *Martin Pirner/Ragnar Könemann* Eine Steuer für Ehrliche und Pechvögel? – Zum strukturellen Vollzugsdefizit bei der Grunderwerbsteuer im Zusammenhang mit Umstrukturierungen internationaler Konzerne, IStR 2013, 423 (424 ff.)

mutatis mutandis auf andere Rechtsbereiche übertragen können,[121] ohne dies hier ausbuchstabieren zu können.[122]

b) Pflicht zum im Wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen

Unbeschadet einer prinzipiellen Absage an eine verbandsübergreifende Geltung des allgemeinen Gleichheitssatzes postuliert das Bundesverfassungsgericht für das Mehrebenensystem des Art. 83 GG im Interesse „sinnvoller Ergebnisse" trotz getrennten Ländervollzugs eine „Pflicht zum im wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen".[123] Freilich bleiben verfassungsrechtliche Anknüpfung und Begründung dieser Pflicht vage. Gleiches gilt für die Kennzeichnung dessen, was einen im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzug auszeichnet.[124]

aa) Verfassungsrechtliche Anknüpfung und Begründung der Pflicht

Das Bundesverfassungsgericht leitet die Forderung nach einer im Wesentlichen einheitlichen Verwaltungspraxis daraus ab, dass dem Bund die Befugnis zur Gesetzgebung auf den Gebieten zustehe, auf denen eine einheitliche Regelung von besonderer Bedeutung sei. Mithin dürfe eine einheitliche Geltung bundesrechtlicher Rechtsvorschriften nicht dadurch illusorisch gemacht werden, dass „ihre Ausführung von Land zu Land *erhebliche* Verschiedenheiten aufweist".[125] In der Literatur erfährt der bundesverfassungsgerichtliche Ansatz unter Rekurs auf die (ehedem ausnahmslosen) Voraussetzungen zur Wahrnehmung konkurrierender Gesetz-

---

[121] Vgl. BVerfG, NJW 2008, 3698 – Sozialversicherungsbeiträge; NJW 2013, 1058 (1069 f.) – Verständigung im Strafprozess; BVerwG, NVwZ 2018, 883 (890) – Verkehrsverbote; NVwZ 2017, 791 (797) – Spielhallen; VG Oldenburg, NJW 2004, 2323 (2323 f.) – Wehrpflicht. Vgl. auch *Andreas W. Hofmann* Die Wirksamkeit einer Norm als verfassungsrechtlicher Geltungsgrund?, NJW 2014, 442 (442 f.); *Anne Körner* Das strukturelle Vollzugsdefizit in der gesetzlichen Rentenversicherung als Verfassungsproblem, 2011, passim; *Dirk Uwer* Anm. zu BVerwG, NVwZ 2014, 1583 (1585 f.).

[122] Auch bzgl. des Maßstabs wird man dem Bundesverfassungsgericht grundsätzlich zustimmen können, wenn nicht die empirische Ineffizienz von Rechtsnormen ohne Weiteres zur Gleichheitswidrigkeit führen soll, wohl aber das normative Defizit des widersprüchlich auf Ineffektivität angelegten Rechts, BVerfGE 110, 94 (113).

[123] Zitat nach BVerfGE 76, 1 (77); in der Sache auch BVerfGE 11, 6 (17 ff.); 90, 145 (190 f.).

[124] Schließlich ist auch die Bestimmung des oder der Adressaten der Vereinheitlichungspflicht alles andere als trivial, dazu unten Fn. 127.

[125] BVerfGE 11, 6 (18) [Hervorhebung im Original]. In einschlägigen Nachfolgeentscheidungen wird dieser Begründung nichts Substanzielles hinzugefügt, BVerfGE 76, 1 (76 f.) – Familiennachzug; 90, 145 (190 f.) – Cannabis. Der in BVerfGE 76, 1 (77) angesprochene Grundsatz der Bundestreue knüpft nicht an den Gesichtspunkt des im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs von Bundesgesetzen an.

gebungskompetenzen eine argumentative Anreicherung. Verlange eine Aktivierung dieser Kompetenz, dass diese zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich sei, müssten darauf gestützte Regelungen ein Mindestmaß an Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung gewährleisten.[126] Man wird diesem systematisch-teleologischen Argument kaum etwas entgegenhalten können; vielmehr verlangt es im Wege eines Erst-recht-Schlusses auch für Bundesgesetzgebung auf der Grundlage ausschließlicher Zuständigkeit Beachtung. Denn es liegt mehr als nahe, dass das Grundgesetz die für die Wahrnehmung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund – soweit nach der Reform der grundgesetzlichen Kompetenzordnung noch erforderlich – im Einzelfall darzulegende Erforderlichkeit zur Vereinheitlichung im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit des Bundes als generell gegeben unterstellt. Mithin ist schon im Gesetzgebungsprozess einem im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzug von Bundesrecht durch die Länder vorzubeugen und daran anschließend – rechtspraktisch bedeutsamer – besteht für den Bundesgesetzgeber eine Beobachtungs- und ggfs. – bei tatsächlich im Wesentlichen uneinheitlichem Vollzug – Reaktionspflicht.[127]

---

[126] *Dittmann* Gleichheitssatz (Fn. 13), 238 f. Soweit dagegen aus dem Grundsatz der Bundestreue eine kompetenzverengende Verpflichtung der Länder zum im Wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen abgeleitet wird (*Dittmann* ebd., 238), kann dies schon angesichts der expliziten Zuordnung der Vollzugskompetenz an die Länder im Verhältnis der Länder zueinander nicht überzeugen. Im Übrigen wäre zu klären, welches Land welchem Land inhaltlich zu folgen hätte.

[127] Als Adressat des Vereinheitlichungsauftrags kommt allein der Bund in Betracht, neben dem Bundesgesetzgeber nach Art. 84 Abs. 2 GG die Bundesregierung. Sind Legislative und Exekutive gleichermaßen befugt und in der Lage, erhebliche Vollzugsdivergenzen zu beseitigen, mag man fragen, ob die eine auf die andere verweisen darf. Dem ist nicht so, existiert doch keine Regel, wonach eine Pflicht deshalb untergeht, weil dieselbe Pflicht einen anderen trifft. Zudem trifft den Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren bzw. nach Art. 84 Abs. 2 GG eine Zustimmungspflicht. Dass die nach dem Grundgesetz zum eigenständigen Vollzug befugten Länder (in ihrer Gesamtheit) dazu verpflichtet sein sollen, ist zunächst in der bundesverfassungsgerichtlichen bundeskompetenzbasierten Ableitung der Pflicht nicht angelegt. Eine Adressierung der Länder wäre zudem mit dem Problem behaftet, dass die Verständigung auf eine einheitliche Praxis einen inhaltlichen Konsens oder das Akzeptieren einer Mehrheitsentscheidung voraussetzt. Eine verfassungsrechtliche Verpflichtung eines Landes auf die inhaltlichen Vorstellungen eines anderen Landes erscheint aber wenig überzeugend, vgl. auch *Puhl* (Fn. 13), 85. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob und wie der durch einen erheblich ungleichmäßigen Vollzug nachteilig Betroffene dieser Benachteiligung prozessual entgegentreten kann. Soweit man mit der allgemeinen Auffassung im Kontext von Art. 83 GG eine Bindung der Länder an Art. 3 Abs. 1 GG im Verhältnis zum Vollzug in anderen Ländern ablehnt, kommt für den Einzelnen nur eine Berufung auf ein ob des erheblich variierenden Vollzugs im Einzelfall verletztes Freiheitsgrundrecht in Betracht. Anders *Puhl* ebd., 85 f., der den Gleichheitssatz unter dem

bb) Kennzeichen eines im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzugs

Jenseits der Erheblichkeit findet sich in der Cannabis-Entscheidung aus dem Jahre 1994 ein weiterer zarter Hinweis darauf, was einen im Wesentlichen ungleichen Vollzug von Bundesrecht durch die Länder auszeichnet. Bezogen auf eine zwischen den Ländern divergierende staatsanwaltschaftliche Einstellungspraxis von BtMG-Verstößen wird das Gebiet der Strafverfolgung als besonders sensibel gekennzeichnet.[128] Damit wird indiziert, dass die Qualifizierung als im Wesentlichen ungleicher Vollzug nicht allein auf das Ausmaß der Ungleichheit des Vollzuges abstellt, sondern zudem auf die konkrete Bedeutung des jeweils in Rede stehenden Vollzugshandelns für den Einzelnen. Man wird einer solchen quantitativ-qualitativ[129] zu bestimmenden Wesentlichkeit der Ungleichbehandlung nicht widersprechen müssen – ebenso wenig aber den zahlreichen die Substanzlosigkeit des Wesentlichkeitskriteriums rügenden Einwänden.[130] Ich möchte deshalb

---

Gesichtspunkt der Begünstigung anderer (Konkurrenten) als einschlägig ansieht und daran anknüpfend die Anrufung der Fachgerichtsbarkeit und namentlich der obersten Bundesgerichte als erfolgversprechend ansieht. Demgegenüber erscheint aber schon fragwürdig, ob eine Aufhebung der Nichtbegünstigungsentscheidung die neu entscheidende Behörde tatsächlich auf eine in anderen Bundesländern geübte Praxis verpflichten kann. Soweit man eine grundrechtliche Anknüpfung für denkbar erachtet, käme auch eine gegen legislatives bzw. exekutives Unterlassen des Bundes gerichtete Verfassungsbeschwerde in Betracht. Insoweit entspricht die prozessuale Situation *mutatis mutandis* derjenigen eines Beschwerdeführers, welcher unter Berufung auf die Verletzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht den Gesetzgeber (des Bundes oder eines Landes) zum Tätigwerden verpflichten will, dazu *Wolfram Cremer* Freiheitsgrundrechte – Funktionen und Strukturen, 2003, 324 ff. Zwar verlangt § 92 BVerfGG die Bezeichnung des Organs oder der Behörde, deren Handlung oder Unterlassung angegriffen wird; das schließt freilich nicht aus, dem Beschwerdeführer das Recht einzuräumen, seinen Antrag gegen die Bundesregierung oder den Bundesgesetzgeber zu richten. Unbeschadet dieses Wahlrechts darf der Betroffene die Verfassungsbeschwerde alternativ wohl auch gegen die Bundesregierung *und* den Bundesgesetzgeber richten.

[128] BVerfGE 90, 145 (190).

[129] Im Hinblick auf das (Gesamt)Wesentlichkeitsurteil ist das Ausmaß der Ungleichbehandlung ein quantitativer, die Bedeutung des in Rede stehenden Lebensbereichs dagegen ein qualitativer Gesichtspunkt.

[130] Vgl. *Walter Krebs* Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, JURA 1979, 304 (308 f.); *Wolfgang Hoffmann-Riem* Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch – Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), 5 (50 f.); *Hans-Uwe Erichsen* Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit II, 2. Aufl. 1979, 103; *ders.* Zum staatlich-schulischen Erziehungsauftrag und zur Lehre vom Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, VerwArch 69 (1978), 387 (394 f.); *Wilfried Erbguth* Die nordrhein-westfälische Braunkohleplanung und der Parlamentsvorbehalt, VerwArch 86 (1995), 327 (340); *Sven Hölscheidt* Der Grundsatz der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung, JA 2001, 409 (412); *Michael Kloepfer* Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, 685 (689 ff.); *Dieter C. Umbach* Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in: Festschrift Hans Joachim

eine weitergehende kategorial-inhaltlich ausgerichtete und gestufte Ausdifferenzierung zur *zusätzlichen* Ausfüllung des Wesentlichkeitskriteriums beisteuern. Vorgeschlagen wird eine Drei-Stufen-Theorie – welche im Falle ihrer positiven Rezeption selbstverständlich noch der Verfeinerung bedarf. Im Rahmen dieser Drei-Stufen-Theorie sind Vollzugsdivergenzen auf der dritten Stufe am wenigsten, auf der ersten Stufe dagegen am ehesten tolerabel. Die zweite Stufe markiert gewissermaßen einen mittleren Toleranzbereich. Je höher die Wesentlichkeitsstufe, desto eher ist bei „quantitativ" gleicher Abweichung im Vollzug ein im Wesentlichen uneinheitlicher Vollzug zu diagnostizieren. Dabei gilt analog zur Drei-Stufen-Theorie des Art. 12 GG, dass die Stufenzuordnung die Erheblichkeit der Ungleichbehandlung lediglich im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses bestimmt.

Die dritte Stufe (Substitutionsbeziehung) ist dadurch gekennzeichnet, dass im Wege unterschiedlichen Vollzugs eine aus einem begrenzten Kontingent gewährte Begünstigung mit der Konsequenz gewährt wird, dass einem im Vollzug Benachteiligten eine ihm andernfalls (möglicherweise) zugefallene Begünstigung verloren geht. Als Beispiel mag ein vom Bund mit 100 Millionen € ausgestatteter, von den Ländern zu verwaltender Öko-Förderfond mit dreistufiger Förderpriorität dienen, wobei die Länder nach Ende der Antragsfrist zunächst die Antragsteller der ersten Stufe zu bescheiden haben. Führt nun eine ungleiche und besonders großzügige Interpretation der ersten Förderstufe in einem Bundesland dazu, dass andernfalls erfolgreiche Bewerber aus anderen Ländern unberücksichtigt bleiben, ist dies eine ob ihrer Substitutionswirkung besonders gravierende Ungleichbehandlung.

Die zweite Stufe (Wettbewerbsbeziehung) ist durch eine Situation gekennzeichnet, in welcher der ungleiche Vollzug zwei Normadressaten trifft, die dergestalt in einem Verhältnis zueinanderstehen, dass die durch die unterschiedliche Behandlung gewährte Begünstigung von dem Begünstigten dazu genutzt werden kann oder gar typischerweise genutzt wird, diese zum Nachteil des Nichtbegünstigten zu verwenden. Als Beispiel mag ein bundes*un*einheitlicher Steuervollzug dienen. So werden im Vollzug uneinheitlich gewährte Steuerverschonungen (jenseits von Gewinnausschüttungen) von begünstigten Unternehmen typischerweise dazu genutzt,

---

Faller, 1984, 111 (112, 122 ff.); *Fritz Ossenbühl* Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 (550); *Gunter Kisker* Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, 1313 (1317 ff.); *Frank Rottmann* Der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte, EuGRZ 1985, 277 (277 ff.); *Michael Nierhaus* Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeitstheorie, in: Joachim Burmester (Hrsg.), Festschrift Klaus Stern, 1997, 717 (719 ff.).

und das mag vollzugsseitig gerade intendiert sein, ihre Wettbewerbssituation zu optimieren – was kehrseitig mit einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation eines im Steuervollzug bereits benachteiligten Wettbewerbers einhergeht.[131]

Die erste Stufe (Nichtinfizierungsbeziehung) ist dadurch gekennzeichnet, dass der ungleiche Vollzug als solcher sich im Verhältnis der durch die Ungleichheit Betroffenen nicht auswirkt. So verhält es sich in unseren Beispielen – über die Gewährung von subsidiärem Schutz wird freilich in bundeseigener Verwaltung entschieden – aus dem Migrationsrecht. Iraker, deren Antrag auf Gewährung subsidiären Schutzes abgelehnt wird, erleiden keinen Nachteil dadurch, dass anderen Irakern subsidiärer Schutz gewährt wird.[132] Gleiches gilt für die ungleiche Gewährung von Ausbildungsduldungen. Wenn Ausbildungsduldungen bzw. Arbeitserlaubnisse aber etwa in einem Einwanderungsgesetz kontingentiert würden oder Schutz- bzw. Flüchtlingsquoten festgelegt würden, wäre ein ungleicher Vollzug auf der dritten Stufe anzusiedeln und stünde angesichts der betroffenen fundamentalen Rechtsgüter[133] paradigmatisch für einen im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzug.[134]

III. Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union

1. Zum Nutzen einer Dogmatik unionaler Rechtsanwendungsgleichheit

Analog zur Untersuchung der Rechtsanwendungsgleichheit im deutschen Bundesstaat und an diese anschließend ist auch mein Blick auf die Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union rechtsdogmatisch verengt. Konfrontiert man diese Auswahlentscheidung mit einem vorgegebenen Ziel gleicher Rechtsanwendung von Unionsrecht in den Mitgliedstaaten ist zu konzedieren, dass ungleiche Rechtsanwendung gerade in der

---

[131] Selbstverständlich stellt sich zudem die Frage, ob eine nach dem EU-Beihilfenrecht unzulässige Beihilfe vorliegt.

[132] Als weiteres Beispiel sei die Familiennachzugs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts genannt. Im Hinblick auf die Wirkungen ungleichen Verwaltungsvollzugs ist der dortige Hinweis interessant, wonach der von anderen Ländern abweichende und rigide Umgang mit den Regeln über den Familiennachzug in Baden-Württemberg möglicherweise dazu führt, dass eine nicht unerhebliche Zahl von Ausländern ihren Wohnsitz in andere Länder verlegt, BVerfGE 76, 1 (77). Eine Substitutionsbeziehung im Sinne der ersten Stufe ist damit freilich nicht angesprochen.

[133] Migrationsrechtliche Entscheidungen werden häufig als mindestens so sensibel zu klassifizieren sein wie Strafverfolgungs- und Strafzumessungsentscheidungen.

[134] Eine abweichende Qualifizierung könnte sich allein daraus ergeben, dass die ungleiche Behandlung in quantitativer Hinsicht zu vernachlässigen ist.

Europäischen Union auch auf außerrechtliche Faktoren[135] zurückzuführen ist. Die Rezeption des zumal durch den Grundsatz vollständiger Mehrsprachigkeit geprägten Unionsrechts[136] durch die mitgliedstaatlichen Rechtsanwender trifft ohne Vollständigkeitsanspruch auf teils fundamentale (rechts) kulturelle, methodologische sowie rechtsstrukturelle Unterschiede in den Mitgliedstaaten bzw. im mitgliedstaatlichen Recht.[137] Eine Ausrichtung auf das Ziel Rechtsanwendungsgleichheit verlangt diese Differenzen rechtstatsächlich zu befunden, zu evaluieren und zu systematisieren und daran anknüpfend einen wie auch immer zu konfigurierenden Instrumentenkasten zu bauen. All dies kann hier nicht geleistet werden.[138] Eine Vergewisserung über die Rechtsdogmatik der Rechtsanwendungsgleichheit unionsrechtlicher Prägung ist jenseits ihres kaum zu überschätzenden Eigenwertes neben den genannten Faktoren indessen *conditio sine qua non* für eine sachangemessene Konfiguration des angesprochenen Instrumentenkastens.[139]

2. Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsanwender

Die Analyse wendet sich zunächst den Rechtsanwendern als Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit zu. Diesbezüglich werde ich zunächst wiederum den verbandseigenen Vollzug in den Blick nehmen.

---

[135] „Außerrechtlich" wird hier im weiten Sinne verstanden, insbesondere unter Einschluss mitgliedstaatlich differierenden Rechts mit unterschiedlicher Eignung zur Rezeption unionsrechtlicher Vorgaben.

[136] Das Unionsrecht ist derzeit durch 23 authentische Sprachen gekennzeichnet.

[137] Prägnant zu weiteren spezifischen Herausforderungen bei der Auslegung von Unionsrechts *Bernhard W. Wegener* in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 19 EUV Rn. 13 ff.

[138] Dazu ausführlich jüngst *Lohse* Rechtsangleichungsprozesse (Fn. 13), passim.

[139] Angezeigt ist dies umso mehr, als die Rechtsanwendungsgleichheit trotz ihrer ausdrücklichen Verbürgung im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 EU-GRC in der unionsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur kaum Spuren hinterlassen hat. In den Kommentierungen zu Art. 20 EU-GRC findet die Rechtsanwendungsgleichheit teils nicht einmal Erwähnung, etwa bei *Hans-Peter Folz* in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 20 GR-Charta. Bei anderen erschöpft sich die Darstellung in der bloßen Nennung ihrer Existenz, vgl. *Svenja Lemke* in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 20 GRC Rn. 9; *Rudolf Streinz* in: ders. (Hrsg.) EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 20 GR-Charta Rn. 7; *Alexander Graser* in: Jürgen Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 20 GRC Rn. 9. Moderat darüberhinausgehend *Sebastian Heselhaus* in: Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.) Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, Art. 20 GRC Rn. 16, 19; *Sven Hölscheidt* in: Jürgen Meyer (Hrsg.) Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Rn. 17, 26; weiterführend *Rossi* in: Calliess/Ruffert (Fn. 64), Art. 20 GRC Rn. 9 ff.

a) *Rechtsanwendung von Unionsrecht durch Unionsorgane*

Verbandseigene Rechtsanwendung von Unionsrecht erfolgt in Gestalt des sog. direkten Vollzugs durch unionseigene Vollzugsorgane[140] sowie durch die Unionsgerichtsbarkeit. Diesbezüglich unterliegt eine Bindung an Art. 20 EU-GRC keinen Zweifeln.[141] Freilich begründet der allgemeine Gleichheitssatz des Unionsrechts ebenso wenig wie Art. 3 Abs. 1 GG transtemporäre Bindungen an eine vorgängige Rechtsanwendung. Eine Bindung besteht allein bei zeitgleichen Entscheidungen, etwa bei Entscheidungen über verbundene Rechtssachen.[142] Auch für den unionsrechtlichen Kontext gilt, dass der rechtsstaatliche Grundsatz der Gesetzesbindung[143] einer Bindung der Rechtsanwender an den Gleichheitssatz in der Zeit entgegensteht. Daraus folgt indessen keine Negation einer etwaigen Selbst-

---

[140] Innerhalb des direkten Vollzugs wird unionsinterner und unionsexterner Vollzug unterschieden. Ersterer bezeichnet die sog. Intendanturaufgaben, also etwa die Personal- und Materialverwaltung. Beim unionsexternen Vollzug dagegen wird ein Unionsorgan verwaltend gegenüber dem einzelnen Unionsbürger oder den Mitgliedstaaten tätig, s. *Wolfgang Kahl* Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht – Von der Konfrontation zur Kooperation, Die Verwaltung 29 (1996), 341 (343 f.); *Hans-Werner Rengeling* Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), 202 (205). Der direkte Vollzug ist durch EU-Verwaltungsverfahrensrecht sowie durch mitgliedstaatliches Recht geprägt, welches über die Figur der gemeinsamen Verfassungs- resp. Rechtstraditionen die Rechtserkenntnisquelle für die Ausbildung von richterrechtlichen Regeln für die EU-Eigenverwaltung bildet, vgl. *Rainer Wahl* Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, DVBl. 2003, 1285 (1288) und ausführlicher *Hanns Peter Nehl* Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung, 2002.

[141] Ausdrücklich verankert ist die Grundrechtsbindung bei Ausübung jedweder unionaler Hoheitsgewalt in Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC.

[142] Des Weiteren werden die Unionsorgane durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Unionsrechts – der Wirkung von Art. 3 Abs. 1 GG entsprechend, s. oben Fn. 75 – auf eine bestimmte Norminterpretation und -anwendung festgelegt, wenn jede andere Entscheidung mit einer anderen im Entscheidungszeitpunkt geltenden eindeutigen unionsrechtlichen Norm dergestalt in Konflikt geriete, dass eine mit Art. 20 EU-GRC unvereinbare Ungleichbehandlung einträte, vgl. auch *Rossi* in: Calliess/Ruffert (Fn. 64), Art. 20 GRC Rn. 11.

[143] Das Unionsrecht unterscheidet im Hinblick auf die Überprüfbarkeit resp. die Einräumung von Entscheidungsspielräumen nicht zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandseite einer Norm und der Einräumung von Ermessen auf der Rechtsfolgenseite. Vielmehr billigt der Europäische Gerichtshof den Rechtsanwendern insoweit einheitlich einen eigenen Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum zu. Insoweit folgt die Nichtbindung an den Gleichheitssatz nicht aus dem Charakter der Rechtsanwendung als hermeneutischer Prozess, sondern aus dem der Verwaltung eingeräumten eigenen Entscheidungsspielraum. Die Ausübung der Entscheidungsspielräume ist ob der grundsätzlichen Gesetzes- und Rechtsbindung der Verwaltung zwar auf das gesetzte Recht auszurichten, aber eben nicht im Sinne eines (gerichtlich) überprüfbaren hermeneutischen Verfahrens (mit gerichtlicher Ersetzungsbefugnis).

bindung namentlich der Kommission durch eigene Mitteilungen, Leitlinien oder Unionsrahmen. Eine entsprechende Bindung wird aber nicht durch Art. 20 EU-GRC begründet,[144] sondern ergibt sich (regelmäßig) aus Gründen des Vertrauensschutzes. Gleiches gilt für Rechtsprechungsänderungen der Unionsgerichte. Dementsprechend unterwirft sich der Gerichtshof für eigene Rechtsprechungsänderungen zu Recht[145] keinem über die Begründung der (veränderten) Rechtsposition hinausgehenden besonderen Begründungszwang.[146] Soweit Vertrauensschutz im Einzelfall einem Wirksamwerden der Rechtsprechungsänderung entgegensteht,[147] ist in der Entscheidung eine Rückwirkungsbeschränkung auszusprechen.[148]

b) *Rechtsanwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten*

aa) *Exekutive und judikative Rechtsanwendung*

(1) *Exekutive Rechtsanwendung*

Der Vollzug von Unionsrecht erfolgt als sog. indirekter Vollzug im Regelfall durch die Verwaltung der Mitgliedstaaten[149] und gliedert sich

---

[144] Anders wäre auch kaum erklärbar, dass der Kommission wohl unstreitig eine Änderungsbefugnis ohne Begründungslast zugestanden wird, vgl. *Hans D. Jarass* Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 20 Rn. 21; *Stefan Thomas* Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423 (429 f.); *Jürgen Schwarze* Soft Law im Recht der Europäischen Union, EuR 2011, 3 (11).

[145] Demgegenüber befürwortet GA Maduro, 1.2.2006, verb. Rs. C-94/04 und 202/04, Rn. 28 ff. das Erfordernis einer besonderen Begründungslast. Vgl. auch GA *Langrange*, 13.3.1963, Da Costa, verb. Rs. 28-30/62, 91 f.; GA *Jääskinen*, 19.7.2012, Test Claimants, Rs. C-35/11, Rn. 35.

[146] Vgl. dazu *Rosenkranz* Beschränkung (Fn. 68), 66 mit Fn. 298. Gleiches gilt für versteckte Rechtsprechungsänderungen des Gerichtshofs, s. *Rosenkranz*, ebd., 67 mit Fn. 299. In der Literatur finden sich diesbezüglich indessen teils abweichende Diagnosen, s. nur *Ninon Colneric* Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, ZEuP 2005, 225 (229 f.).

[147] Vertrauensschutzgesichtspunkte greifen umso weniger durch, als eine veränderte Auslegung einer Norm auf einer Veränderung ihres rechtlichen Umfeldes beruht, instruktiv EuGH, 23.3.2004, Collins, Rs. C-138/02, Rn. 63.

[148] Dazu *Rosenkranz* Beschränkung (Fn. 68), 66 ff. Vgl. zur diesbezüglichen Praxis des EuGH bereits *Christian Waldhoff* Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bd. 155, 2006; *ders.* Recent developements relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ, Common Market Law Review 46 (2009), 173 ff.

[149] Das Unionsrecht hat keine Art. 83 GG vergleichbare ausdrückliche Zuordnungsentscheidung getroffen. In Art. 291 Abs. 1 AEUV mag man indessen eine Grundentscheidung zugunsten der mitgliedstaatlichen Durchführung von EU-Recht erkennen, vgl. *Martin Nettesheim* in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/ders. (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, 64. EL 2018, Art. 291 Rn. 3 ff. (2012).

seinerseits in einen unmittelbaren und einen mittelbaren Vollzug.[150] Der unmittelbare Vollzug bezeichnet die Anwendung unmittelbar anwendbaren Unionsrechts, der mittelbare Vollzug die Anwendung nationalen Rechts, welches in Umsetzung von Unionsrecht erlassen wurde.[151]

Obschon der Anwendungsbereich von Art. 20 EU-GRC im Sinne von Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC eröffnet ist,[152] sind die mitgliedstaatlichen Exekutiven beim unmittelbaren Vollzug nicht an die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts in *anderen* Mitgliedstaaten gebunden.[153] Dagegen soll das Unionsrecht nach verbreiteter Auffassung[154] innerhalb der Mitgliedstaaten gleichmäßig angewendet werden müssen.[155] In Konse-

---

[150] Vgl. zu diesen Begriffen schon *Manfred Zuleeg* Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1969, 47 ff.

[151] Zuvörderst zu nennen ist das zur Umsetzung von Richtlinien erlassene nationale Recht. Aber auch Verordnungen verlangen vereinzelt nach mitgliedstaatlichen Ausführungsvorschriften, welche die (unmittelbare) Grundlage des Vollzugs bilden, z.B. Art. 4 und 5 der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.3.2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung, ABl. EG L 114/1.

[152] Denn obschon es in Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC heißt, dass die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ an die Charta gebunden sind, lassen Unionsgerichtsbarkeit und herrschende Literatur es bekanntlich ausreichen, dass die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts tätig werden, vgl. dazu nur *Jarass* EU-GRC (Fn. 145), Art. 51 Rn. 18 ff. Kritisch dazu *Wolfram Cremer* Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine Europäische Verfassung, NVwZ 2003, 1452 ff.; *Thorsten Kingreen* in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 51 GRC, Rn. 13 ff.

[153] Jenseits der verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch die Unionsgerichte verbleibt die Ausfüllung der verbleibenden Interpretationsspielräume bei den mitgliedstaatlichen Exekutiven zur jeweils autonomen Entscheidung. Vgl. auch die gleichgerichtete Rechtsprechung des EuGH, 14.7.1988, Ministère public, Rs. 308/86, Rn. 21 f.; 3.7.1979, van Dam, Rs. 185–204/78, Rn. 10 f., zum Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV (damals Art. 7 EWGV).

[154] *Frenz* Handbuch (Fn. 64), Rn. 3201; *Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur* Die Europäische Union, 13. Aufl. 2019, § 3 Rn. 43 ff.

[155] Im Unterschied zu der selten erörterten Verpflichtung mitgliedstaatlicher Verwaltungen zur gleichen Anwendung von Unionsrecht wurde das Beziehungsgefüge zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Verfahrensrecht und insbesondere Verwaltungsverfahrensrecht vor allem in den 1990er und 2000er Jahren (s. auch EuGH, 20.3.1997, Alcan II, Rs. C-24/95; 13.1.2004, Kühne & Heitz, Rs. C-453/00; 19.9.2006, i-21, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04) in der Literatur ausführlich diskutiert, vgl. nur *Manfred Zuleeg* und *Hans-Werner Rengeling* Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), 154, 202; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, 924; *Karl-Peter Sommermann* Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?, DVBl. 1996, 889; *Rupert Scholz* Zum Verhältnis von Europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwal-

quenz dessen wäre in gesamtstaatlicher Perspektive ungleiche Rechtsanwendung – etwa in Folge innerdeutscher Dezentralisierung des Vollzugs nach Art. 83 GG – ein Verstoß gegen Art. 20 EU-GRC. Für eine über Art. 3 Abs. 1 GG hinausgehende Ausdehnung der zeitlichen Dimension der in Art. 20 EU-GRC verbürgten Rechtsanwendungsgleichheit ist indes kein

---

tungsverfahrensrecht, DÖV 1998, 261. Insoweit geht die zentrale Fragestellung dahin, ob und inwieweit das nationale Verwaltungsverfahrensrecht nach einer Ausgestaltung verlangt, welche die volle Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleistet. In Rede stand mithin nicht die gleiche Auslegung und *Anwendung* (unbestimmter) unionsrechtlicher Rechtsbegriffe und Normen, sondern das nationale Verwaltungsverfahrensrecht als Hindernis für das Wirksamwerden von Unionsrecht. Im Ergebnis sind die uneinheitliche Anwendung von Unionsrecht und die (partielle) Nichtanwendung von Unionsrecht aber insoweit wirkungsähnlich oder gar -gleich, als beides dazu führt, dass Verwaltungsvollzug von Unionsrecht in den Mitgliedstaaten unterschiedlich gehandhabt wird und zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Infolgedessen soll kurz Stellung bezogen werden: Der verschiedentlich erhobenen Forderung, wonach das mitgliedstaatliche Verwaltungsverfahren so ausgestaltet sein müsse, dass das Unionsrecht seine volle Wirksamkeit entfalten könne (s. nur *J. Temple Lang* Art. 5 of the EEC Treaty: The Emergency of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice, Fordham International Law Journal 10 (1987), 503, 506 ff.), ist der EuGH schon in der Rechtssache *Deutsche Milchkontor* (Verb. Rs. 205–215/82, Slg. 1983, 2633, Rn. 17) entgegengetreten und hat daran anschließend eine in der Literatur im Grundsatz weitgehend akzeptierte „Doppelschranke" mitgliedstaatlicher Verfahrensautonomie errichtet. Erstens dürften Verfahren beim indirekten Vollzug nicht ungünstiger ausgestaltet sein als Verfahren, in denen über gleichartige, aber rein nationale Rechtsstreitigkeiten entschieden werde. Zweitens dürfe die Anwendung des nationalen Verfahrensrechts die Durchsetzung des Unionsrechts nicht „praktisch unmöglich" machen bzw. übermäßig erschweren, EuGH, 14.12.1995, Peterbroeck, Rs. C-312/93, Rn. 12 m.w.N. Ohne hier umfassend zur unionsgerichtlichen Konzeption Stellung beziehen zu können, sind doch Zweifel an dem in der Literatur regelmäßig zustimmend referierten (vgl. nur *Rodríguez Iglesias* Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 1997, 289 [291]; *Kahl* Verwaltungsorganisationsrecht [Fn. 141], 351; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2004, 390 f.) Diskriminierungsverbot anzumelden. Zunächst funktioniert das Diskriminierungsverbot in sog. mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen schlicht nicht, soweit mehrere unionsrechtlich fundierte Positionen miteinander in Konflikt geraten und etwa im Rahmen einer Ermessensentscheidung abgewogen werden müssen. Vergleicht man eine solche Abwägung mit einer Abwägung ohne unionsrechtliche Implikation, lässt sich das Abwägungsergebnis des rein nationalrechtlichen Falles – wenn es denn überhaupt vergleichbar ist – keinem sinnvollen Mehr-Weniger-Vergleich mit dem Unionsrechtsfall unterziehen. Grundlegender aber noch ist die Frage nach dem (vom EuGH nicht genannten) Geltungsgrund des Diskriminierungsverbots. Warum soll es für die unionsrechtliche Beurteilung des indirekten Vollzugs darauf ankommen, wie der Mitgliedstaat mit seinen rein innerstaatlichen Sachverhalten verwaltungsverfahrensrechtlich umgeht? Es ist zwar integrationspolitisch zu bedauern, wenn der Mitgliedstaat unionsrechtliche Sachverhalte „schlechter" behandelt als rein innerstaatliche, die unions*rechtliche* Relevanz der Behandlung des rein Innerstaatlichen ist aber begründungsbedürftig. Das Diskriminierungsverbot führt im

Grund erkennbar. Der einzelne Amtswalter wird durch Art. 20 EU-GRC lediglich bezüglich zeitgleicher eigener Entscheidungen auf eine gleiche Rechtsanwendung verpflichtet.[156] Nichts anderes gilt für den mittelbaren Vollzug von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten. Freilich mögen die neben Art. 20 EU-GRC anwendbaren allgemeinen Gleichheitssätze mitgliedstaatlicher Provenienz im jeweiligen Mitgliedstaat[157] weitergehende gleichheitsrechtliche Bindungen begründen.[158]

(2) Judikative Rechtsanwendung

Im Anschluss an Vorstehendes begründet Art. 20 EU-GRC auch für die mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Anwendung von unionsrechtlichen Normen, soweit die Unionsgerichtsbarkeit deren Auslegung und Anwen-

---

Übrigen zu der mit dem Grundsatz einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts gar konfligierenden Konsequenz, dass ein gleicher indirekter Vollzug in zwei Mitgliedstaaten in dem einen Mitgliedstaat unionsrechtswidrig, in dem anderen Mitgliedstaat aber unionsrechtsgemäß sein kann, soweit nur das Verwaltungsverfahren bezogen auf rein innerstaatliche Sachverhalte in den beiden Mitgliedstaaten variiert. Zur Begründung eines solchen Ergebnisses mag angeführt werden, es sei ein fundamentales Anliegen des Unionsrechts, eine nachteilige Andersbehandlung von EU-Ausländern und EU-Auslandswaren gegenüber Inländern und Inlandswaren seitens der Mitgliedstaaten zu unterbinden. Beim hier diskutierten Diskriminierungsverbot im Verwaltungsvollzug geht es aber „nur" um den Vergleich von Sachverhalten mit bzw. ohne unionsrechtlichen Einschlag; Inländer und EU-Ausländer werden demgegenüber jeweils gleichbehandelt.

[156] Eine andere Frage ist, inwieweit einer Zersplitterung des Unionsrechts auf der Rechtsanwendungsebene nicht seitens der Union und namentlich des Unionsgesetzgebers entgegenzutreten ist.

[157] Das gilt indes nur, soweit man das mitgliedstaatliche Gleichheitsrecht nicht entsprechend der hier zu Art. 3 Abs. 1 GG vertretenen Auslegung interpretiert. Die parallele Anwendbarkeit der Grundrechte unionaler und mitgliedstaatlicher Provenienz folgt daraus, dass die mitgliedstaatlichen Entscheidungen zwar in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, durch dieses aber nicht determiniert sind, siehe EuGH, 26.2.2013, Melloni, Rs. C-399/11, Rn. 60; 26.2.2013, Åkerberg Fransson, Rs. C-617/10, Rn. 29; ferner BVerfGE 140, 317 (335 f., Rn. 39). Beim vollständig determinierten Vollzug sind die mitgliedstaatlichen Grundrechte nach der Rechtsprechung des EuGH nicht anwendbar (EuGH, 26.02.2013, Melloni, Rs. C-399/11, Rn. 57 ff.), nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur nach Maßgabe der insbesondere durch die Bananenmarkt-Entscheidung (BVerfGE 102, 147) entschärften Solange-II-Doktrin (grundgelegt in BVerfGE 73, 339), s. auch *Ulrich Haltern* Europarecht Bd. II, 3. Auflage 2017, Rn. 1103 ff.

[158] Daraus folgt selbstverständlich nicht, dass die Rechtsanwendung Unionsbürger unmittelbar oder mittelbar schlechter stellen darf als Inländer. Das gilt namentlich im Hinblick auf Verwaltungsvorschriften oder andere abstrakt-generelle Weisungen zur Normanwendung. Darin läge im Übrigen auch ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV. Soweit sich die Exekutive aber im Einzelfall nachvollziehbar begründet von einer vorgängigen Auslegungspraxis oder Ermessensbetätigung löst und dies *zufällig* einen Unionsbürger trifft, liegt darin kein relevanter Gleichheitsverstoß.

dung den mitgliedstaatlichen Gerichten überlässt oder überantwortet, keine transtemporäre Bindung. Das gilt unabhängig davon, ob die mitgliedstaatlichen Gerichte unmittelbar Unionsrecht oder in Umsetzung von Unionsrecht ergangenes nationales Recht anwenden.[159]

(3) Conclusio

Nach allem liegt es in den Händen der Unionsgerichtsbarkeit[160] und des Unionsgesetzgebers,[161] die Interpretationsspielräume der mitgliedstaatlichen Verwaltungen und Gerichte durch spielraumverengende Rechtsprechung bzw. Normierung zu beschneiden. Soweit dies nicht geschehen ist,[162] werden die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte jenseits zeitgleicher Entscheidungen nicht durch den Gleichheitssatz auf eine einheitliche Auslegung und Anwendung verpflichtet.[163] Die beiden divergierenden Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen sind demgemäß aus der Perspektive des grundgesetzlichen und des unionsrechtlichen Gleichheitssatzes nicht zu beanstanden.

bb) Umsetzung von Unionsrecht, insbesondere von Richtlinien

Das Unionsrecht und zuvörderst[164] EU-Richtlinien verpflichten die mitgliedstaatlichen Normsetzer zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben. Dabei sind richtlinienbasierte Umsetzungspflichten regelmäßig dadurch

[159] In letztgenannter Konstellation ist Raum für eine zusätzliche Anwendung allgemeiner Gleichheitsgrundrechte mitgliedstaatlicher Provenienz.

[160] Angesichts seiner Befugnis zur authentischen Auslegung des Unionsrechts ist die Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für die mitgliedstaatlichen Gerichte und Verwaltungen gar verbindlich und im Falle der Zuwiderhandlung ggfs. mit einem unionsrechtlich fundierten resp. überformten Staatshaftungsanspruch konfrontiert. Denkbar sind zudem Sanktionen (Zwangsgelder und Pauschalbeträge) gem. Art. 260 Abs. 2 AEUV.

[161] Inkludiert sind selbstverständlich Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 AEUV.

[162] So verhält es sich etwa bzgl. des Tatbestandsmerkmals „ernsthafte individuelle Bedrohung“ als Voraussetzung für die Gewährung subsidiären Schutzes nach der EU-Qualifikationsrichtlinie, siehe oben I.3 bei Fn. 39.

[163] Darüber hinaus werden auch die mitgliedstaatlichen Verwaltungen und Gerichte durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Unionsrechts auf eine bestimmte Norminterpretation festgelegt, wenn jede andere Entscheidung mit einer anderen im Entscheidungszeitpunkt geltenden eindeutigen unionsrechtlichen Regelung dergestalt in Konflikt geriete, dass eine mit Art. 20 EU-GRC unvereinbare Ungleichbehandlung einträte. Soweit die Verwaltung und Gerichte in Umsetzung von unionsrechtlichen Vorgaben ergangenes mitgliedstaatliches Recht anwenden, gilt es darüber hinaus, die mitgliedstaatlichen Gleichheitssätze, etwa Art. 3 Abs. 1 GG, in eben diesem Sinne und auf zweiter Stufe zu berücksichtigen.

[164] Mitgliedstaatliche Umsetzungs- und Normierungspflichten ergeben sich teils auch aus EU-Verordnungen, vgl. nur *Matthias Ruffert* in: Christian Calliess/ders. (Hrsg.) EUV/

gekennzeichnet, dass sie den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume belassen. Dass diese Spielräume von den Mitgliedstaaten nicht einheitlich wahrgenommen werden müssen, liegt schon ob des Wortlauts und der ratio des Art. 288 Abs. 3 AEUV[165] auf der Hand.

3. *Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsetzer*

Abschließend möchte ich in aller Kürze begründen, warum sich auch dem Unionsrecht ein Gebot eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht entnehmen lässt.[166] Als Ausgangspunkt einer solchen Pflicht wird man annehmen dürfen, dass die Vertragsparteien der Union die Befugnis zur Gesetzgebung in den Bereichen[167] zugewiesen haben, in denen sie eine unionseinheitliche Regelung für wünschenswert erachteten. Dieses Anliegen wird aber konterkariert, wenn die Anwendung von Unionsrecht von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat *erhebliche* Verschiedenheiten aufweist. Angereichert werden kann dieses Argument durch das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 EUV sowie Art. 291 Abs. 2 AEUV. Ist das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsschranke auch darauf gerichtet, die Kompetenzen der Union zu begrenzen, wird man eine Verletzung desselben angesichts der Verpflichtung zentraler Normierung auf ein besseres Ergebnis nicht nur dann annehmen können, wenn die Normierung „zu weit" geht. Vielmehr mag eine in die Breite gehende Normierung, welche den Mitgliedstaaten aber beträchtliche Umsetzungsspielräume belässt, die regelmäßig in der unionsweiten Wirkung einer Norm liegenden Vorzüge im Sinne einer „Besser-Prognose" entfallen lassen. Diese Überlegung führt zwar unmittelbar nur dazu, dass ein entsprechender Sekundärrechtsakt wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 1, 3 UAbs. 1 EUV nichtig ist und begründet nicht etwa eine Verpflichtung zur Normverdichtung. Dessen unbeschadet lässt sich die geschilderte auf einen einheitlichen Vollzug von Unionsrecht gerichtete *ratio* des Subsidiaritätsprinzips im Sinne eines allgemeinen Rechtsgedankens fruchtbar machen. Praktische Konsequenzen ergeben sich daraus für die Bereiche, in denen

---

AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 21; *Werner Schroeder* in: Rudolf Streinz (Hrsg.) EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 46.

[165] Vgl. zur Konzeption von Art. 288 Abs. 3 AEUV nur *Ruffert* in: Calliess/ders. (Fn. 165), Rn. 23 ff.

[166] Zudem sollte auch das Unionsrecht solchen Normen, welchen das normative Defizit eines widersprüchlich auf Ineffektivität angelegten Rechts zu attestieren ist (strukturelles Vollzugsdefizit), ihre Anerkennung versagen.

[167] Die Rede von „Bereichen", welche freilich auch das Vertragsrecht pflegt (z.B. Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV), mag die Finalität der Kompetenzzuweisungen im Unionsrecht nicht durchweg treffend zu kennzeichnen.

die Union über ausschließliche Gesetzgebungskompetenzen verfügt, vermag das Subsidiaritätsprinzip mangels Anwendbarkeit doch insoweit keine Nichtigkeitsfolgen zu begründen. Deutlicher noch als im Subsidiaritätsprinzip kommt das Anliegen eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht in Art. 291 Abs. 2 AEUV zum Ausdruck. Danach „werden“ der Kommission oder dem Rat Durchführungsbefugnisse übertragen, soweit es einheitlicher Bedingungen für die Durchführung verbindlicher Rechtsakte bedarf. Mag die Norm in unmittelbarer Anwendung die Union auch lediglich zur Durchführungsrechtsetzung *ermächtigen*[168] und gar dem Subsidiaritätsgedanken verhaftet sein,[169] impliziert nicht zuletzt die indikative Fassung der Norm („Bedarf es (…), so werden“) eine ggfs. nachlaufende[170] und auf die Sicherstellung eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs gerichtete Normierungspflicht der Union.[171]

IV. Schluss

Ich komme in aller Verknappung zu einer Schlussbetrachtung. Trivial oder ein im guten Sinne einfacher Rechtssatz?[172] Der Rechtsanwendungsgleichheit grundgesetzlicher und unionsrechtlicher Prägung wurde hier und heute ein vergleichsweise schmaler Wirkbereich zugeordnet. Das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit verlangt von jedem Rechtsanwender bei mehreren gleichzeitigen Entscheidungen eine gleiche Rechtsanwendung. Mehr ist es nicht, zu welchem Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 20 EU-GRC im Sinne gleichmäßiger Rechtsanwendung verpflichten.

---

[168] *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/ders. (Fn. 149), Art. 291 AEUV Rn. 19.

[169] Vgl. zur Diskussion *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/ders. (Fn. 149), Art. 291 AEUV Rn. 5 ff.

[170] Art. 291 Abs. 2 AEUV adressiert eine Durchführungsermächtigung im Zeitpunkt der Verabschiedung des Grundrechtsaktes, s. auch *Martin Gellermann* in: Rudolf Streinz (Hrsg.) EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 291 AEUV Rn. 15.

[171] Als Adressaten einer entsprechenden Verpflichtung kommen sämtliche Organe der Union in Betracht, welche über die Kompetenz zur Sicherstellung einer Mindesteinheitlichkeit in der Anwendung von Unionsrecht verfügen. Das gilt, obwohl Artikel 291 Abs. 2 AEUV nur den Unionsgesetzgeber zur Ermächtigungsgesetzgebung befugt. Die hier induktiv bzw. im Wege einer Gesamtschau begründete Pflicht zur Unterbindung eines im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzugs von Unionsrecht spricht dafür, jedwedes kompetenziell entsprechend ausgestattete Unionsorgan in die Pflicht zu nehmen. Zudem mag man darauf hinweisen, dass Art. 291 Abs. 2 AEUV die gem. dieser Norm ermächtigten Organe, also Rat oder Kommission, als zur Durchführungsrechtsetzung bestimmt ausweist.

[172] Vgl. dazu, dass Komplexität kein Qualitätsmerkmal von Dogmatik ist, *Cremer* Freiheitsgrundrechte (Fn. 127), 18 f.

Leitsätze des 1. Referenten über:

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

I. Einleitung

1. Rechtsanwendungsgleichheit – eine Begriffsbestimmung

(1) Die Vorstellung, die zur Rechtsanwendung berufene Judikative und Exekutive agierten als bloße Subsumtionsautomaten, wird in Rechtstheorie, juristischer Methodenlehre und Rechtsdogmatik zu Recht seit Langem zurückgewiesen. Dessen unbeschadet ist Rechtsanwendung gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden und ein in diesem Sinne hermeneutischer Prozess.

(2) Die Rechtsanwendungsgleichheit ist rechtsdogmatisch in grundgesetzlicher und unionsrechtlicher Perspektive unterbelichtet.

2. Mehrebenensysteme – eine Auswahlentscheidung

(3) In Mehrebenensystemen sind die Rechtsunterworfenen der Hoheitsgewalt nicht nur eines Verbandes unterworfen. Besonders eng verflochten sind Mehrebenensysteme, in welchen Entscheidungen, zuvörderst Rechtsanwendungsentscheidungen, wie in der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union als Ergebnis eines Zusammenspiels verschiedener Ebenen entstehen.

3. Beispiele – Migrationsrecht

II. Rechtsanwendungsgleichheit im Bundesstaat des Grundgesetzes

1. Exekutive Rechtsanwendung

a) Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG

aa) Verbandseigener Gesetzesvollzug

(4) Die bundesverfassungsgerichtliche Verheißung einer im allgemeinen Gleichheitssatz wurzelnden Rechtsanwendungsgleichheit als Grundforde-

rung des Rechtsstaats kontrastiert mit einem (auch verbandsintern) nicht selten vielstimmigen Gesetzesvollzug.

(5) Nach ganz h.M. soll jeder Sachbearbeiter sowie jede Behörde bzw. Stelle über den allgemeinen Gleichheitssatz an die eigene Verwaltungspraxis gebunden sein. Weitergehenden Bindungen wird entgegengehalten, Verwaltungshandeln werde stets der einzelnen Behörde zugerechnet *und diese sei für die Entscheidung* verantwortlich. *Diese Zurechnungs- bzw. Verantwortungskonstruktionen setzen das zu Beweisende freilich voraus. Die* weitergehende *These einer umfassenden Bindung des jeweils kompetenten Verbandes unterstellt, aber begründet nicht, dass Art. 3 Abs. 1 GG exekutives Verhalten stets als solches des zugehörigen Verbandes qualifiziert.*

(6) Zielführend ist demgegenüber die nur vermeintlich vom Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit abschweifende Frage, ob der Gleichheitssatz jenseits der Gleichheit in der Reihe auch die Gleichheit in der Zeit schützt. Eine Bindung an eine bestehende Verwaltungspraxis aus Art. 3 Abs. 1 GG wird weitgehend stereotyp bejaht und daran anschließend eine Änderung dieser Praxis als (qualifiziert) begründungspflichtig ausgewiesen. Das überzeugt nicht und zwar ob der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gesetzesbindung. Unbeschadet einer regelmäßig fehlenden Determinierung exekutiven (und judikativen) Entscheidens auferlegt diese rechtsstaatlich gebundene Rechtsanwendung dem Rechtsanwender die Interpretation des Rechts als hermeneutischen Prozess – und zwar jedes Mal aufs Neue und ohne dass der Gleichheitssatz eine Kontinuität der Rechtsanwendung in der Zeit auch nur prima facie verlangt. Der Gleichheitssatz verpflichtet die Exekutive folglich allein bei zeitgleichen Entscheidungen zur gleichmäßigen Rechtsanwendung.

(7) Diese Ablehnung jeglicher Bindung durch den Gleichheitssatz in der Zeit tritt dem herrschenden Narrativ einer Bindung an vorgängige Entscheidungen dogmatisch-konstruktiv entgegen, ist aber in der Sache mit ihm versöhnbar, soweit nicht mehr gefordert wird als eine bloße Begründung für das Abweichen von der vorgängigen Entscheidungspraxis. Die verbreitete Forderung einer materiell qualifizierten Begründung, etwa im Sinne „deutlich überwiegender oder sogar schlechthin zwingender Gründe" (BGH), als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Änderung einer Rechtsanwendungspraxis ist dagegen auch in der Sache zu verwerfen. Jenseits einer bereits begründeten Normauslegung und -anwendung ist insbesondere nicht darzulegen, man selbst oder andere hätten sich bisher einer signifikant plausibleren Auslegung verschlossen und missachtet, was jedem hätte einleuchten müssen.

bb) Mehrebenenvollzug

(8) Im Mehrebenenvollzug nach Art. 83 GG sowie bei einem gemeindlichen Vollzug von Bundes- oder Landesrecht im Bereich weisungsfreier Selbstverwaltungsangelegenheiten ist eine ebenenübergreifende Bindung an den Gleichheitssatz abzulehnen. Diese ganz herrschende Position erfolgt regelmäßig und zu Recht unter schlichtem Hinweis auf die entsprechende grundgesetzliche Kompetenzzuteilung.

b) Verfassungsrechtlich geschuldete gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes

(9) Der Grundsatz der Bundestreue sowie die Teleologie verfassungsrechtlicher Kompetenzübertragungen (an den Bund) sind nicht dazu geeignet, die im Einzelfall entscheidende Exekutive an ein fremdes Entscheidungsverhalten zu binden.

(10) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes vermag die Exekutive im Einzelfall auf Kontinuität in der Rechtsanwendung zu verpflichten. Dies ist freilich kein spezifischer Ausdruck des Gleichheitssatzes und der Rechtsanwendungsgleichheit.

c) Conclusio und Kontextualisierung unter Einbeziehung von verwaltungsinterner und judikativer Überformung

(11) Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt im Mehrebenenvollzug kein Gebot gleicher Rechtsanwendung; bzgl. des verbandseigenen Normvollzugs sind nur zeitgleiche Rechtsanwendungsentscheidungen adressiert. Indessen gewährleisten Verwaltungsvorschriften in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich ob ihrer verwaltungsinternen Bindungswirkung Rechtsanwendungsgleichheit.

(12) Die Judikative setzt einer Vielfalt exekutiver Rechtsanwendung auf der Grundlage einer vom Gesetzgeber rezipierten Dogmatik insoweit eine Grenze, als unbestimmte Rechtsbegriffe und mithin ihre Auslegung und Anwendung durch die Exekutive gerichtlich voll überprüfbar sind. Soweit der Exekutive freilich Ermessen sowie im Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, vermag die Judikative nicht zur einheitlichen Rechtsanwendung beizutragen.

2. Judikative Rechtsanwendung

a) Mehrebenenperspektive

(13) Auch auf dem Gebiet der Rechtsprechung teilt das Grundgesetz Bund und Ländern Kompetenzen zu. Dabei verfolgt die Errichtung der obersten Gerichtshöfe auf Bundesebene im Anschluss an Art. 95 Abs. 1 und

3 GG primär das Ziel einer einheitlichen Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung von Bundesrecht. Dennoch ergibt sich aus Art. 95 Abs. 1 und 3 GG jenseits des Einzelfalls keine Bindung der Gerichte an die höchst- bzw. obergerichtliche Rechtsprechung.

b) Bindung der Judikative an Art. 3 Abs. 1 GG

(14) Die in Art. 97 Abs. 1 GG verbürgte Unabhängigkeit gewährt der Rechtsprechung keine Unabhängigkeit vom Gesetz, sondern nur im Rahmen der Gesetze. Art. 3 Abs. 1 verbürgt i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG ein an die Judikative adressiertes Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit. Es begründet aber auch gegenüber der Judikative kein transtemporär wirkendes Gebot; Richter und Gerichte werden durch Art. 3 Abs. 1 GG nicht einmal an ihre eigene vorgängige Rechtsprechung gebunden.

c) Verfassungsrechtlich geschuldete gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes

(15) Verfassungsrechtlich fundierte Verpflichtungen der Judikative auf gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes sind lediglich im Einzelfall und gleichheitsrechtsunspezifisch anzuerkennen, namentlich unter Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Präjudizienmodelle vermögen Pflichten zur Kenntnisnahme von und zur Auseinandersetzung mit einschlägigen Präjudizien zu begründen; ein Gebot gleicher Rechtsanwendung ist daraus nicht ableitbar.

d) Prozessrecht und Rechtsanwendungsgleichheit

(16) Art. 95 Abs. 1 und 3 GG impliziert die verfassungspolitische Erwartung, das Prozessrecht auf das Ziel einer einheitlichen Rechtsprechung auszurichten. Mag man dem Bundesgesetzgeber insoweit auch keine grundsätzlichen Versäumnisse vorwerfen, erscheint die asylgerichtliche Rechtsprechung doch aus rechtsmittelrechtlichen i.V.m. tatsächlichen Gründen in besonderer Weise uneinheitlichkeitsanfällig.

3. Gesetzgeber und Ministerialbürokratie als Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit

a) Strukturelles Vollzugsdefizit

(17) Der Gesetzgeber verletzt Art. 3 Abs. 1 GG, wenn ein Widerspruch zwischen dem normativen Befehl der materiell pflichtbegründenden Norm und der nicht auf Durchsetzung angelegten Vollzugsnorm besteht. Diese für den Bereich des Steuerrechts und Steuervollzugs vom Bundesverfassungs-

gericht entwickelte Position mag mutatis mutandis auf andere Rechtsbereiche übertragbar sein.

b) Pflicht zum im Wesentlichen einheitlichen Vollzug von (Bundes) Gesetzen

aa) Verfassungsrechtliche Anknüpfung und Begründung der Pflicht

(18) Das Bundesverfassungsgericht stützt die „Pflicht zum im wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen“ im Ansatz zutreffend darauf, dass dem Bund die Befugnis zur Gesetzgebung auf den Gebieten zustehe, auf denen eine einheitliche Regelung von besonderer Bedeutung sei.

bb) Kennzeichen eines im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzugs

(19) Die Qualifizierung als im Wesentlichen ungleicher Vollzug hat im Anschluss an die Cannabis-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts jenseits des Ausmaßes der Ungleichheit die konkrete Bedeutung des jeweils in Rede stehenden Vollzugshandelns für den Einzelnen zu verarbeiten. Diese quantitativ-qualitativ zu bestimmende Wesentlichkeit der Ungleichbehandlung ist durch eine zusätzliche kategorial-inhaltlich ausgerichtete Drei-Stufen-Theorie zu ergänzen. Im Rahmen dieser Drei-Stufen-Theorie sind Vollzugsdivergenzen auf der dritten Stufe am wenigsten, auf der ersten Stufe dagegen am ehesten tolerabel. Die zweite Stufe markiert gewissermaßen einen mittleren Toleranzbereich.

(20) Die dritte Stufe (Substitutionsbeziehung) ist dadurch gekennzeichnet, dass im Wege unterschiedlichen Vollzugs eine aus einem begrenzten Kontingent gewährte Begünstigung mit der Konsequenz gewährt wird, dass einem im Vollzug Benachteiligten eine ihm andernfalls (möglicherweise) zugefallene Begünstigung verloren geht. Die zweite Stufe (Wettbewerbsbeziehung) ist durch eine Situation gekennzeichnet, in welcher der ungleiche Vollzug zwei Normadressaten trifft, die dergestalt in einem Verhältnis zueinanderstehen, dass die durch die unterschiedliche Behandlung gewährte Begünstigung von dem Begünstigten dazu genutzt werden kann oder gar typischerweise genutzt wird, diese zum Nachteil des Nichtbegünstigten zu verwenden. Die erste Stufe (Nichtinfizierungsbeziehung) ist dadurch gekennzeichnet, dass der ungleiche Vollzug als solcher sich im Verhältnis der durch die Ungleichheit Betroffenen nicht auswirkt.

III. Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union

1. Zum Nutzen einer Dogmatik unionaler Rechtsanwendungsgleichheit

(21) Eine Ausrichtung auf das Ziel der Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union verlangt teils fundamentale (rechts)kulturelle, methodologische sowie rechtsstrukturelle Unterschiede in den Mitgliedstaaten bzw. im mitgliedstaatlichen Recht zu befunden und zu systematisieren sowie daran anknüpfend einen wie auch immer zu konfigurierenden Instrumentenkasten zu bauen. Eine Vergewisserung über die Rechtsdogmatik der Rechtsanwendungsgleichheit unionsrechtlicher Prägung ist jenseits ihres kaum zu überschätzenden Eigenwertes neben den genannten Faktoren indessen conditio sine qua non für eine sachangemessene Konfiguration des angesprochenen Instrumentenkastens.

2. Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsanwender

a) Rechtsanwendung von Unionsrecht durch Unionsorgane

(22) Art. 20 EU-GRC begründet ebenso wenig wie Art. 3 Abs. 1 GG transtemporäre Bindungen an eine vorgängige Rechtsanwendung. Eine Bindung besteht allein bei zeitgleichen Entscheidungen, etwa bei Entscheidungen über verbundene Rechtssachen.

b) Rechtsanwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten

(23) Obschon der Anwendungsbereich von Art. 20 EU-GRC im Sinne von Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC eröffnet ist, sind die mitgliedstaatlichen Rechtsanwender lediglich bezüglich zeitgleicher eigener Entscheidungen auf eine gleiche Rechtsanwendung verpflichtet. Bei der mittelbaren Anwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten mögen die neben Art. 20 EU-GRC anwendbaren allgemeinen Gleichheitssätze mitgliedstaatlicher Provenienz im jeweiligen Mitgliedstaat weitergehende gleichheitsrechtliche Bindungen begründen.

3. Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsetzer

(24) Auch dem Unionsrecht ist das Gebot eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht zu entnehmen. Ausgangspunkt einer solchen Pflicht ist die Annahme, dass die Vertragsparteien der Union die Befugnis zur Gesetzgebung in den Bereichen zugewiesen haben, in denen sie eine unionseinheitliche Regelung für wünschenswert erachteten. Angereichert werden kann dieses Argument durch das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 EUV sowie Art. 291 Abs. 2 AEUV.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

2. Referat von *Benjamin Schindler*, St. Gallen[1]

Inhalt

---

[1] Vielfältigste Anregungen verdanke ich *Michael Beusch, Giovanni Biaggini, Peter Bußjäger, Bardo Fassbender, Sibylle Hofer, Martin Killias, Andreas Kley, Bernhard Ehrenzeller, Kaspar Ehrenzeller, Benjamin Märkli, Matthias Oesch, Johannes Reich, Stefan G. Schmid, Rainer J. Schweizer, Tobias Tschumi*, *Peter Uebersax* und *Ferdinand Wollenschläger*. Bei der Recherche haben mich *Armin Stähli* und *Raphael Widmer* tatkräftig unterstützt, bei der Schlussredaktion *Benjamin Grunwald*.

I. Rückblick: Unitarisches Vorverständnis

1. Rechtspolitik: Nationalliberale Einheitsbewegung

„Daß Sie und wir die Jünger einer einheitlichen deutschen Wissenschaft sind, darüber brauche ich keine Worte zu verlieren.“[2] Mit dieser Begrüßung hieß *Heinrich Triepel* (1868–1946) 1924 die Teilnehmer der ersten Staatsrechtslehrertagung in Jena willkommen. Der Gruß richtete sich vor allem an die österreichischen Kollegen und brachte eine unitarische Gesinnung zum Ausdruck,[3] die spätestens seit den Freiheitskriegen (1813–1815) das liberal gesinnte deutsche Bürgertum und weite Teile der Rechtswissenschaften prägte. Bereits 1813 forderte *Ernst Moritz Arndt* (1769–1860) ein „allgemeines teutsches Oberreichsgericht für alle Lande“.[4] Und *Joseph Görres* (1776–1848) verlangte kurz danach eine „neue innere Ordnung“ für das Reich, nämlich „daß *alle* nach dem *gleichen* Rechte gerichtet werden, daß mit gleichem Maaß [sic] gemessen“[5] werde.

Wenn ich mein Referat mit einem Blick in die Vergangenheit beginne, dann möchte ich damit zur kritischen Selbstreflexion anregen. Als Deutsche Staatsrechtslehrer begegnen wir dem Thema Rechtseinheit und Rechtsgleichheit mit einem unitarischen Vorverständnis.[6] Nationale Rechtseinheit und damit eng verknüpft die Rechtsgleichheit im größtmöglich denkbaren Wirkungsraum sind seit dem frühen 19. Jahrhundert in der

---

[2] *Heinrich Triepel* Eröffnungsansprache, VVDStRL 1 (1924), 5 (5).

[3] *Triepel* sah sich selber als Befürworter dieser „unitarischen Strömung in Deutschland“: *Heinrich Triepel* Die Reichsaufsicht, Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1917, 708, 715. Vgl. auch *ders*. Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche, 1907, 54, 122.

[4] *Ernst Moritz Arndt* Geist der Zeit, Theil 3, 1813, 365.

[5] *Joseph Görres* Die künftige teutsche Verfassung, in: Rheinischer Merkur Nr. 105 vom 20.8.1814, 1 (1) (Hervorhebungen im Original).

[6] Vgl. zu diesem Vorverständnis *Sigrid Boysen* Gleichheit im Bundesstaat, 2004, 53 ff.; *Matthias Jestaedt* Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 43; *Stefan Kadelbach* Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 7 (14); *Stefan Oeter* Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat, 1998, 395.

Rechtswissenschaft positiv konnotiert. Das Gegenstück zum unitarisch gesinnten Staatsrechtslehrer bildet – um die Worte *Triepels* zu verwenden – der engstirnige „kleinstaatliche Spießbürger“[7]. Auch in der Schweiz verbindet sich die Vorstellung nationaler Rechtseinheit seit dem 19. Jahrhundert mit den Anliegen des liberal gesinnten Bürgertums.[8] Der schweizer „Nationaldichter“[9] *Gottfried Keller* (1819–1890) verfasste 1846 ein Sonett mit dem Titel „Eidgenossenschaft“. Darin griff er der Entwicklung vor und verglich den erst zwei Jahre später Realität gewordenen Bundesstaat mit einem Diamanten, „entstanden zu unzerstörlich alldurchdrungner Einheit“[10]. Galt es in Deutschland die „Kleinstaaterei“ zu überwinden, so war es in der Schweiz der „Kantönligeist“.[11] Oder, um noch einmal *Keller* zu zitieren: „Und wenn, wie man im Edelstein erkannt, Darin noch kleine dunkle Körper weilen, So sind sie fest umschlossen und gebannt.“[12] Die „dunklen Körper“, die *Keller* gebannt sehen wollte, waren die (schwarz-) katholisch, konservativen Kantone der Innerschweiz, die sich dem Projekt eines Bundesstaats widersetzten.[13] In Deutschland wie der Schweiz war ein zentral organisierter Einheitsstaat nicht zu verwirklichen, weshalb die Rechtseinheit zum Surrogat der fehlenden politischen Einheit wurde.[14] Es war der radikal-liberale, aber aus der zentralisierungsskeptischen

---

[7] *Triepel* Unitarismus und Föderalismus (Fn. 3), 124.

[8] Eine Vorreiterrolle bei der Rechtsvereinheitlichung übernahm der 1861 gegründete Schweizerische Juristenverein, der sich in seinen Statuten (Satzungen) „das Anstreben möglichster Übereinstimmung civilrechtlicher, strafrechtlicher und prozessualischer Gesetzgebung“ zum Programm gemacht hatte: *Pio Caroni* Rechtseinheit, Drei historische Studien zu Art. 64 BV, 1986, 31 ff.; *Lukas Gschwend/Karin Ingber/Stefan Wehrle* 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861–2011), 2011, 20.

[9] Zur Schlüsselrolle des Schweizer Bundesrats bei der Stilisierung Kellers zum Nationaldichter *Peter Stocker* Die Rezeption Gottfried Kellers als Nationaldichter in der Schweiz von 1919 bis 1940, in: Jahrbuch der Raabe-Gesellschaft 2005, 131 (131 ff.).

[10] *Gottfried Keller* Sämtliche Werke in acht Bänden, Bd. 1, 1958, 99.

[11] Vgl. *Emanuel Borter/Bernhard Waldmann* Rechtsvereinheitlichung als Gefahr für den Schweizerischen Föderalismus, Jahrbuch des Föderalismus 2013, 386 (386).

[12] *Keller* Werke (Fn. 10), 99.

[13] Zum politischen Hintergrund von Kellers Gedicht *Max Huber* Beharrung und Wandlung: Betrachtungen zur Jahrhundertfeier der Bundesverfassung von 1848, Schweizer Monatshefte 28 (1948/1949), 338 (340); *Philipp Theison* Politische Lyrik, in: Ursula Amrein (Hrsg.) Gottfried Keller Handbuch, 2016, 173 (173).

[14] Für Deutschland *Gerhard Lehmbruch* Der unitarische Bundesstaat in Deutschland: Pfadabhängigkeit und Wandel, in: Arthur Benz/Gerhard Lehmbruch (Hrsg.) Föderalismus, Analysen in entwicklungsgeschichtlicher und vergleichender Perspektive, 2002, 53 (73). Die Forderung nach politischer Einheit war bei *Triepels* Eröffnungsansprache (Fn. 2), 6, mit Blick auf Österreich immer noch präsent: „Denn nichts ist gewisser als dies, daß sich eine große Nation, wie die deutsche, die Einheit ihres Staates auf die Dauer von keiner äußeren Gewalt, und sei es das Diktat einer ganzen Welt, wird versagen lassen.“. Vgl. zum damals von beiden Seiten mit großer Selbstverständlichkeit geforderten Zusammenschluss

lateinischen Schweiz stammende *Louis Ruchonnet* (1834–1893)[15], der die helvetische Kompromissformel prägte: „Unifions, mais ne centralisons pas!“[16] – Lasst uns (das Recht) vereinheitlichen, nicht aber (die Staatsgewalt) zentralisieren!

2. *Rechtswissenschaft: Vereinheitlichung durch Dogmatik*

Neben dem politischen Wunsch nach nationaler Rechtseinheit führten aber auch andere Faktoren dazu, dass die Staatsrechtslehre bis heute einer vereinheitlichenden Perspektive zuneigt. Insbesondere die im deutschsprachigen Raum verbreitete Dogmatik des „Allgemeinen Verwaltungsrechts“ fördert eine unitarische Sichtweise. Sie sucht nach den allgemeinen und verbindenden Begriffen und Systemelementen, womit sie einheitliche Maßstäbe entwickelt, die nicht nur die Referenzgebiete des besonderen Verwaltungsrechts überbrücken, sondern auch über regionale wie nationale Grenzen hinweg vereinheitlichend wirken.[17] *Otto Mayer* (1846–1924) war diese einheitsstiftende Kraft durchaus bewusst und sie entsprach seiner nationalliberalen Haltung,[18] wie er in der Einleitung zu seinem Deutschen Verwaltungsrecht unterstreicht: „Unser Verwaltungsrecht ist ein Erzeugnis unserer gemeinsamen Kultur, wenigstens in seinen für die wissenschaftliche Behandlung […] maßgebenden Grundideen. Es gibt keine bayrische, sächsische, nicht einmal eine für sich bestehende preußische Verwaltungsrechtswissenschaft – Gott Lob!“[19] Auch der in Deutschland lehrende Schweizer *Fritz Fleiner* (1867–1937) betonte in seinen „Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts“ den „gemeinsamen Rechtsgeist“, von dem das deut-

---

Deutschlands und Deutsch-Österreichs *Michael Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914–1945, 1999, 145 ff.

[15] Der als kantonaler Politiker wie als Nationalrat und Bundesrat tätige *Ruchonnet* war zwar Anführer der reformorientierten Radikalen („linksliberale“ Partei) in der Westschweiz. Diese waren aber anders als in der deutschsprachigen Schweiz föderalistisch gesinnt: *Olivier Meuwly* Louis Ruchonnet 1834–1893, Un homme d’Etat entre action et idéal, 2006, 157 ff. Zur Zentralisierungsskepsis der lateinischen Schweiz *Jean-François Aubert* Traité de droit constitutionnel suisse, Volume I, 1967, Rn. 110, 114.

[16] Zitiert nach *Eduard His* Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Bd. III, 1938, 426.

[17] Zum Allgemeinen Verwaltungsrecht und seinem Beitrag fürs „nation building“ *Thomas Groß* Beziehungen zwischen Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, 1999, 57 (63 f.); *Benjamin Schindler* 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2011 II, 331 (392).

[18] *Erk Volkmar Heyen* Otto Mayer, Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, 49 ff.

[19] *Otto Mayer* Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, 21.

sche Verwaltungsrecht getragen sei.[20] Noch einen Schritt weiter ging der Österreicher *Adolf Merkl* (1890–1970) mit seinem Allgemeinen Verwaltungsrecht. Es sollte das „für jede positive Verwaltungsrechtsordnung […] Allgemeingültige“[21] herausgeschält werden, womit es von einem konkreten Rechtsraum entkoppelt wurde. Eine ähnlich vereinheitlichende Wirkung wie die Verwaltungsrechtwissenschaft haben die Grundrechte verstärkt nach 1945 entfaltet.[22] Bei den Grund- und Menschenrechten war es aber weniger eine spezifisch im deutschsprachigen Raum betriebene Dogmatik, die einheitsstiftend wirkte. Der universelle Geltungsanspruch ist den Menschenrechten deshalb inhärent, weil sie von der angeborenen Gleichheit aller Menschen ausgehen und sie vor hoheitlicher Macht schützen, unabhängig davon, ob diese auf lokaler, regionaler, nationaler oder transnationaler Ebene angesiedelt ist.[23]

3. *Rechtspraxis: Institutionen als „Hüter der Rechtseinheit“*

Nicht nur Politik und Rechtswissenschaft wirkten und wirken als unitarische Triebfedern, sondern auch Verwaltungen und Gerichte. In Österreich wurde die nationale Rechtsvereinheitlichung bereits im 18. Jahrhundert von einer aufgeklärt-absolutistischen Monarchie vorangetrieben. Mitte des 19. Jahrhunderts wurde die „Gleichheit vor dem Gesetz“ verfassungsrechtlich verankert, wobei dieses Gebot rasch von der zentralen Staatsmacht im

---

[20] *Fritz Fleiner* Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, 61.

[21] *Adolf Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, XII.

[22] Vgl. hierzu bereits die Zusammenfassung der Diskussion bei der ersten Staatsrechtslehrertagung (VVDStRL 1 [1924], 60 [60], keine Autorenangabe): „In Ergänzung des Vortrages wurde besonders auf die Bedeutung der für die Einheitlichkeit des Rechtsgeistes in Deutschland wertvollen Grundrechte der Weimarer Verfassung hingewiesen, daneben auch die Vereinheitlichung des stark zersplitterten deutschen Verwaltungsrechts als dringende Aufgabe des Reichs bezeichnet.“ Zur unitarischen Wirkung der Grundrechte auch *Erich Kaufmann* Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1926), 2 (8).

[23] Vgl. die Präambel der EMRK („Considering that this Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared.“); Art. 1 S. 1 AEMR („All human beings are born free and equal in dignity and rights.“). Ähnlich bereits Art. 1 der Virginia Bill of Rights vom 12.6.1776 („That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights […].“); Präambel der Declaration of Independence vom 4.7.1776 („We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights […].“) sowie Art. 1 der Déclaration des droits de l’homme et du citoyen vom 26.8.1789 („Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.“). Texte zitiert nach *Bardo Fassbender* Quellen zur Geschichte der Menschenrechte, 2014, 6, 18, 42, 88.

Kampf gegen den Länderpartikularismus instrumentalisiert wurde.[24] Die Habsburgermonarchie war zudem sprachlich, kulturell und historisch so heterogen, dass die Rechtseinheit zu einem Schlüsselelement von Staatlichkeit überhaupt wurde.[25] Zum zentralen Akteur wurde die das Recht vollziehende Verwaltung, dieser in den Worten *Robert Musils* (1880–1942) „besten Bürokratie Europas", die das „Land in einer aufgeklärten, wenig fühlbaren, alle Spitzen vorsichtig beschneidenden Weise"[26] lenkte.[27] Mit dem 1876 geschaffenen Verwaltungsgerichtshof wurde sodann eine Institution geschaffen, die durch ihre Rechtsprechung die Rechtseinheit fördern sollte und dessen Urteile zum Kristallisationspunkt einer einheitlichen Verwaltungsrechtswissenschaft geworden sind.[28] Eine vergleichbare Rolle übernahm in der Schweiz das kurz zuvor (1874) aufgewertete Bundesgericht.[29] Durch eine ausgesprochen kreative Rechtsprechung, die formal am Rechtsgleichheitsgebot anknüpfte, gelang dem Gericht eine das kantonale Verwaltungs- und Verfahrensrecht vereinheitlichende Rechtsprechung.[30] *Richard Thoma* (1874–1957) kritisierte die unitarische Stoßrichtung der Schweizer Gerichtspraxis und warnte davor, sie zum Vorbild für Deutschland zu nehmen, da sie zu tiefgreifenden Veränderungen im Verhältnis zwischen Reich und Ländern führe.[31] Dass gerichtliche Institutionen eine wich-

---

[24] *Magdalena Pöschl* Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 92. Vgl. auch *Peter Bußjäger* Bundesstaat und Gleichheitsgrundsatz, JBl 2007, 289 (292).

[25] *Ewald Wiederin* Denken vom Recht her, Über den *modus austriacus* in der Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 293 (297) unter Verweis auf *Hans Kelsen*.

[26] *Robert Musil* Der Mann ohne Eigenschaften, 12. Aufl. 2007, 33.

[27] Zu „Österreich als Verwaltungsstaat" *Ewald Wiederin* Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Österreich, in: IPE III, 2010, § 46 Rn. 1 ff.

[28] *Thomas Olechowski* Der österreichische Verwaltungsgerichtshof, 2001, 36 ff.; *Wiederin* Staat (Fn. 27), § 46 Rn. 36 ff.

[29] Zum unitarischen Selbstverständnis des Bundesgerichts am Ende des 19. Jh. *Christoph Errass* Zur Geschichte des Bundesgerichts in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.) Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Rn. 171; *Andreas Kley* Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2013, 328 ff.

[30] Max *Imboden* charakterisierte diese Rechtsprechung als die „wuchtigen Eckfeiler" einer gesamtschweizerischen Verwaltungsrechtsordnung (Der Beitrag des Bundesgerichts zur Fortbildung des schweizerischen Verwaltungsrechts [1959], in: ders. Staat und Recht, ausgewählte Schriften und Vorträge, 1971, 367 [375]). Zu den verfahrensrechtlichen Minimalanforderungen: BGE 1 (1875) 3 E. 2 (5) und BGE 3 (1877) 429 E. 1 (430); *Georg Müller* in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler jun. (Hrsg.) Kommentar BV 1874, 1995, Art. 4 Rn. 85 ff. Zum Willkürverbot: BGE 8 (1882) 680 E. 1 S. 685 f.; BGE 10 (1884) 311 f.; *Felix Uhlmann* Das Willkürverbot, 2005, Rn. 434, 586.

[31] *Richard Thoma* Grundrechte und Polizeigewalt (1925), in: Horst Dreier (Hrsg.) Richard Thoma: Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte: Ausgewählte Abhandlungen aus

tige Schrittmacherfunktion bei der Rechtsvereinheitlichung spielen, machen in neuerer Zeit sowohl der Europäische Gerichtshof als auch der Gerichtshof für Menschenrechte deutlich, wenn sie sich als „Hüter“ ihrer jeweiligen Rechtsordnungen, wenn nicht gar als „Integrationsmotoren“ verstehen.[32]

4. *Rechtssprache: Subtile Prägungen durch Metaphorik und Begriffswahl*

Rechtswissenschaft wie Rechtspraxis verwenden Sprachbilder. Metaphern dienen in erster Linie der Veranschaulichung abstrakter Rechtsfragen, indem sie sich augenfälliger Parallelen aus der Alltagswelt bedienen. Damit leisten sie wertvolle Übersetzungsarbeit und dienen der Komplexitätsreduktion.[33] Es besteht aber auch die Gefahr von Übersetzungsfehlern, wenn das Bild schief ist. Und Metaphern können subtil Wertungen suggerieren, wenn das eingesetzte Bild positiv oder negativ aufgeladen ist.[34] *Fritz Fleiner* beschrieb den Bund als „Aufbau von unten nach oben: Gemeinde, Kanton und erst zuletzt, als Krönung des Ganzen, der Bund, die Bundesgewalt“[35]. Das Bild vom Stufenbau mit einem „Unten“ und einem bekrönten „Oben“ deutet auf eine hierarchische Ordnung.[36] In ihrer Begriffswahl bezeichnend sind auch die Referate der ersten Staatsrechtslehrertagung zum Thema „Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft“. *Gerhard Anschütz* (1867–1948) wie *Karl Bilfin-*

---

fünf Jahrzehnten, 2008, 130 (158). Vgl. auch die Kritik bei *Georg Jellinek* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, 93.

[32] *Torsten Stein* Richterrecht wie anderswo auch? Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als „Integrationsmotor“, in: Hochschullehrer der Heidelberger Juristenfakultät (Hrsg.) Richterliche Rechtsfortbildung, FS Juristische Fakultät Heidelberg, 1986, 619 (619 ff.). Vgl. *Stefan Oeter* Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 361 (363).

[33] Vgl. *Ulrich C. J. Gebhardt* Sermo Iuris: Rechtssprache und Recht in der augusteischen Dichtung, 2009, 71; *Axel Rüth* Metaphern in der Geschichte, in: Lutz Danneberg/Carlos Spoerhase/Dirk Werle (Hrsg.) Begriffe, Metaphern und Imaginationen in Philosophie und Wissenschaftsgeschichte, 2009, 126 (126 ff.).

[34] Vgl. *Giovanni Biaggini* Grenzen und Tücken juristischer Metaphorik, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 2015, 509 (509 f.).

[35] *Fritz Fleiner* Zentralismus und Föderalismus in der Schweiz (1917), in: ders. Ausgewählte Schriften und Reden, 1941, 197 (198). In seinem grundlegenden Werk zum Bundesstaatsrecht findet sich die Metapher vom Stufenbau wieder, bemerkenswerterweise aber ohne die krönende Überhöhung: *Fritz Fleiner* Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923, 19.

[36] Kritisch zu einem „unten“ und „oben“ im Kontext des Föderalismus *Peter Häberle* Föderalismus-Modelle im kulturellen Verfassungsvergleich, ZÖR 2007, 39 (47, 55); *ders.* Diskussionsvotum, VVDStRL 66 (2007), 84 (84 f.).

ger (1879–1958) stellten der unitarischen Bewegung im Bundestaat begrifflich den „Partikularismus" der Länder gegenüber.[37] Das Wort suggeriert Enge, Kleinstaatlichkeit, Eigennützigkeit und provinzielle Beschränktheit.[38] Und auch der an der jüngsten Tagung der Vereinigung verwendete Begriff der „Fragmentierung" ist nicht wertfrei, deutet er doch ein Zerbrechen und Zersplittern von erhaltenswert scheinenden einheitlichen Strukturen an.[39]

II. Standortbestimmung

1. Begriffliche und methodische Annäherung

a) Enge Verbindung von Rechtsgleichheit und Rechtseinheit

Die Begriffswahl kann somit eine inhaltliche Wertung vorwegnehmen, und so sollte ich spätestens hier deutlich machen, was ich unter „Rechtsanwendungsgleichheit" und „Mehrebenensystemen" verstehe. Der Blick in die Vergangenheit macht den engen Zusammenhang zwischen Rechtseinheit und Rechtsgleichheit deutlich. Einheitliches Recht impliziert Rechtsanwendung mit „gleichem Maß"; es verlangt in konsequenter Fortführung die gleiche Anwendung dieses Rechts durch dieselben zentralen Vollzugsorgane.[40] *Heinrich von Treitschke* (1834–1896) stellte daher 1874 die rhetorische Frage: „Wer ist so thöricht [sic], die Handhabung und Auslegung unserer Bundesgesetze dem böswilligen württembergischen Beamtenthum und dem souveränen Volke der Gemeinden von Wöblingen und Böblingen zu überlassen […]?"[41] Ein Jahrhundert später bezeichnete *Günter*

---

[37] *Gerhard Anschütz* Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, VVDStRL 1 (1924), 11 (20) („partikularistisch, eng, kleinstaatlich"); *Karl Bilfinger* Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, VVDStRL 1 (1924), 35 (59) („Gefahr einer partikularistischen Rückwärtsentwicklung.").

[38] Vgl. etwa *Anschütz* (Fn. 37), 20. Kritisch *Lehmbruch* Bundesstaat (Fn. 14), 82.

[39] Vgl. *Andreas Kley* Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung, VVDStRL 77 (2018), 125 (126); *Indra Spiecker genannt Döhmann* Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen, VVDStRL 77 (2018), 9 (15).

[40] Vgl. bereits *Alexis de Tocqueville* De la démocratie en Amérique, tome second (1840) 1951, quatrième partie, chapitre III, 402: „Toute puissance centrale qui suit ces instincts naturels aime l'égalité et la favorise; car l'égalité facilite singulièrement l'action d'une semblable puissance, l'étend et l'assure." Vgl. auch *Kaufmann* Gleichheit (Fn. 22), 6: „Bei dem Satze von der Gleichheit vor dem Gesetz handelt es sich um ein Grundrecht der *Deutschen*, d.h. um ein Recht, das jedem Deutschen als solchem gegen den Staat, d.h. gegen das Reich und die Länder, zusteht. Ich bin mir über die außerordentlich starken *unitarischen Konsequenzen* dieser These klar." (Hervorhebungen im Original).

[41] *Heinrich von Treitschke* Zehn Jahre deutsche Kämpfe 1865–1874, 1874, 241. Vgl. auch *Triepel* Reichsaufsicht (Fn. 3), 689.

Dürig (1920–1996) das föderative Gefüge der Bundesrepublik als „‚offene Flanke‘ der Gleichheit“[42]. Die Zitate machen deutlich, dass der *locus classicus* der Spannungslage zwischen einheitlichen Rechtsnormen und ihrem uneinheitlichen, dezentralen Vollzug der Bundesstaat ist. Deutschland, die Schweiz und Österreich sind gekennzeichnet durch ein zunehmendes Maß an Rechtsvereinheitlichung unter gleichzeitiger Inanspruchnahme der historisch gewachsenen Verwaltungsstrukturen der Länder und Kantone.[43] Eine vergleichbare Entwicklung ist auch auf supranationaler Ebene wie in der Europäischen Union zu beobachten.[44]

b) Mehrebenensysteme

Klassische Bundesstaaten, föderale Strukturen wie die Europäische Union, aber auch andere, über gemeinsame Normen verbundene Rechtsräume können als Mehrebenensysteme beschrieben werden. Damit wird deutlich, dass hoheitliche Macht nicht bei *einem* Träger monopolisiert wird, sondern diese arbeitsteilig auf verschiedene Ebenen verteilt ist, wobei die jeweiligen Ebenen durch eigenständige Legitimationsverfahren Recht erzeugen.[45] Wenn von Mehrebenensystem*en* im Plural die Rede ist, wird unterstrichen, dass kein singulär-globales Mehrebenensystem existiert, sondern wir von einem Ensemble sektorialer Mehrebenensysteme

---

[42] *Günter Dürig* in: Theodor Maunz/ders./Roman Herzog (Hrsg.) GG I, 1973 (Lieferung 13, Erstkommentierung). Vgl. auch *Armin Dittmann* Gleichheitssatz und Gesetzesvollzug im Bundesstaat, Föderative Ungleichheiten beim Vollzug von Steuergesetzen, in: Hartmut Maurer (Hrsg.) FS Günter Dürig, 1990, 221 (222); *Thomas Puhl* Gleichheit und parlamentarisches System – Bindung des Gesetzgebers, der Regierung, der Verwaltung, der Rechtsprechung, in: Rudolf Mellinghoff/Ulrich Palm (Hrsg.) Symposium aus Anlass des 65. Geburtstags von Paul Kirchhof, 2008, 67 (69 ff.).

[43] Vgl. *Giovanni Biaggini* Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, 1996, 7 ff.; *Thomas Groß* Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 152 (157).

[44] Vgl. *Bernhard Ehrenzeller* Der Bildungsföderalismus auf dem Prüfstand, VVDStRL 73 (2014), 7 (12); *Christian Tietje* Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 45 (77).

[45] *Kadelbach* Autonomie und Bindung (Fn. 6), 11. Vgl. auch *Jürgen Bast* Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts, VVDStRL 76 (2017), 277 (306 f.); *Stephan Breitenmoser* Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), 9 (11); *Kerstin Odendahl* Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), 49 (51 f.). Polemisierend *Marcus Schladebach* Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, NVwZ 2018, 1241 (1241 f.). Zum Begriff der „föderalen“ Systeme oder Strukturen *Peter Bußjäger* Föderale Systeme, Über Entstehung, Scheitern und Erfolg von Föderalismus, 2017, 3.

sprechen.[46] Der aus der Politikwissenschaft stammende Begriff[47] dient der Komplexitätsreduktion, doch kann seine Bildhaftigkeit irreführend sein. Er suggeriert ein Gebäude mit parallel und horizontal übereinander angeordneten Stockwerken, die einem klaren Bauplan folgen.[48] Betrachten wir föderale Strukturen indes mit den unter rechtlichen Gesichtspunkten gebotenen Differenzierungen, dann ist sowohl die eine Hierarchie suggerierende Über- und Unterordnung zu vereinfachend, wie auch der an Parallelen orientierte systematische Bauplan.[49] Gerade vollzugsföderalistische Strukturen europäischer Prägung werden metaphorisch passender mit einem Marmorkuchen verglichen und nicht mit einem Schichtkuchen, der für das Trennmodell US-amerikanischer Prägung steht.[50] Die komplexe Verzahnung der verschiedenen Ebenen hat dazu geführt, dass sich in Deutschland inzwischen auch der Verbundbegriff etabliert hat.[51] Der verbindend-durch-

---

[46] *Bast* Entterritorialisierung (Fn. 45), 307.

[47] Den Begriff der „Ebenen" für den deutschen Bundesstaat und die Europäische Union verwendend *Fritz Scharpf* Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, Politische Vierteljahresschrift 26 (1985), 323 (325). Zur Entstehungsgeschichte des Begriffs vgl. auch *Dian Schefold* Die Homogenität im Mehrebenensystem, JöR 60 (2012), 49 (49 f.).

[48] Besonders suggestiv wirkt, wenn dem fiktiven Gebäude auch noch eine Anzahl Geschosse zugewiesen wird wie beim sog. „five storey house concept" (*Thomas Cottier* Towards a five storey house, in: Christian Joerges/Ernst-Ulrich Petersmann [Hrsg.] Constitutionalism, Multilevel Governance and International Economic Law, 2011, 495 [495]) oder gewisse Geschosse mit der Bezeichnung „Hauptebene" zur Beletage erhoben werden (*Odendahl* Migrationssteuerung [Fn. 45], 52). Zur Problematik des Sprachbilds *Giovanni Biaggini* Der Richter zwischen ‚Polis' und ‚Kosmo(poli)s' – Zugleich ein Gedankenspiel zu Nutzen und Gefahren juristischer Metaphorik, in: ders./Oliver Diggelmann/Christine Kaufmann (Hrsg.) Polis und Kosmopolis, FS Daniel Thürer, 2015, 33 (34 ff.); *Häberle* Föderalismus-Modelle (Fn. 36), 47, 55; *ders.* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 66 (2007), 84 (84 f.).

[49] Vgl. kritisch zu einem unreflektierten Systemdenken *Andreas von Arnauld* Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74 (2015), 39 (66 ff.).

[50] Das Bild vom *marble cake* und *layer cake-federalism* geht auf *Morton Grodzins* zurück (The American System: A New View of Government in the United States, 1966, 14), der aber auch für die USA auf die Problematik der Schichtkuchen-Metapher hinwies. Auf die „wechselseitige Beeinflussung und Durchdringung der beiden Rechtsordnungen" im föderalen Deutschland und der Schweiz bereits hinweisend *Fritz Fleiner* Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung in ihrem gegenseitigen Verhältnis im Rechte Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, VVDStRL 6 (1929), 2 (9).

[51] Zum Verfassungsverbund Franz C. Mayer Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, VVDStRL 75 (2016), 7 (33 ff.). Zum Verwaltungsverbund: *Groß* Verantwortung (Fn. 43), 155; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: ders./Schöndorf-Haubold (Hrsg.) Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, 1 (7).

dringende Charakter föderaler Strukturen ist indes kein neues Phänomen, sondern klingt bereits in der frühneuzeitlichen Bezeichnung „République composée“[52] für die Eidgenossenschaft oder „res publica composita“[53] für das Alte Reich an.

c) *Rechtsanwendungsgleichheit*

Der Begriff der Rechtsanwendungsgleichheit erscheint aus juristischer Sicht greifbarer, ist er doch durch die Rechtsdogmatik geformt worden. Er verlangt, dass generell-abstrakte Rechtsnormen auf gleich gelagerte Einzelfälle gleich angewendet werden.[54] Dort, wo das Recht dem Rechtsanwender Spielräume öffnet, seien es Beurteilungsspielräume oder Ermessensspielräume, sind diese rechtsgleich zu konkretisieren.[55] Ein anderes Thema ist die Bedeutung des Gleichheitssatzes für die Rechtsetzung – dies war Gegenstand einer früheren Tagung und soll hier nicht vertieft werden.[56] Allerdings lassen sich Rechtsanwendung und Rechtsetzung praktisch wie

---

[52] So die Umschreibung der Eidgenossenschaft durch den französischen Hof in einer Instruktion an den franz. Ambassador in Solothurn *Jean de La Barde* im Jahr 1647, zitiert nach *Andreas Würgler* Die Tagsatzung der Eidgenossen, 2013, 480.

[53] Unter Berufung auf *Ludolf Hugo* (1689) *Josef Isensee* Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 196. Vgl. auch *Tietje* Autonomie und Bindung (Fn. 44), 74.

[54] Für Österreich: VfSlg 1230, 2586; *Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl. 2015, Rn. 1369; *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 154 f. Für die Schweiz: BGE 125 II 152 E. 4c/aa (162 f.); *Rainer J. Schweizer* in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/ders./Klaus A. Vallender (Hrsg.) St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 8 Rn. 42; *Bernhard Waldmann* in: ders./Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.) Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015, Art. 8 Rn. 40. In Deutschland geht die Rechtsanwendungsgleichheit weitgehend im Vorrang des Gesetzes auf und wird daher meist nicht gesondert thematisiert: BVerwGE 34, 278 (281 f.); *Sigrid Boysen* in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.) GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 35; *Werner Heun* in: Horst Dreier (Hrsg.) GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 56; *Kaufmann* Gleichheit (Fn. 22) 6; *Paul Kirchhof* in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Hrsg.) GG, 2017, Art. 3 Abs. 1 Rn. 182 (2015); *Ferdinand Wollenschläger* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 186.

[55] Für Deutschland: BVerwGE 116, 1 (12); *Boysen* in: Münch/Kunig (Fn. 54), Art. 3 Rn. 37; *Heun* in: Dreier (Fn. 54), Art. 3 Rn. 56 ff.; *Kirchhof* in: Maunz/Dürig (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 285; *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 54), Art. 3 Rn. 186 ff., 190 ff. Für Österreich: VfSlg 8395/1978, 16.911/2003; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger* (Fn. 54), Rn. 1369; *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 755 ff. Für die Schweiz: BGE 125 II 152 E. 4c/aa (162); *Schweizer* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 54), Art. 8 Rn. 42 f.; *Waldmann* in: Basler Kommentar (Fn. 54), Art. 8 Rn. 40.

[56] Vgl. die Referate zu „Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen“ von *Kadelbach* Autonomie und Bindung (Fn. 6) und *Tietje* Autonomie und Bindung (Fn. 44).

theoretisch nicht dichotomisch trennen. Dann etwa, wenn sich die Vollzugspraxis der Bundesländer oder Kantone in eigenen generell-abstrakten Vollzugsvorschriften verdichtet. Oder wenn sich Ebenen des materiellen Rechts und des Verfahrens- und Organisationsrechts überlappen, was bei der Umsetzung von EU-Recht durch die Mitgliedstaaten regelmäßig der Fall ist.[57] Und schließlich ließe sich mit *Adolf Merkl* ganz grundsätzlich fragen, ob es zwischen Rechtsanwendung und Rechtsetzung überhaupt eine kategoriale Unterscheidung gibt und ob es nicht in beiden Fällen um gestufte Rechtserzeugung geht.[58]

d) Cannabis-Rechtsprechungen als Beispiel

Nach dieser Annäherung an die Begrifflichkeiten möchte ich damit die *Kernfrage* ins Zentrum rücken: Welche Wirkungen entfaltet das Rechtsgleichheitsgebot, wenn Rechtsetzung und Rechtsanwendung auf verschiedene Ebenen eines föderal strukturierten Rechtsraums verteilt werden? Um es mit einem konkreten Beispiel zu verdeutlichen: In Deutschland wie der Schweiz steht der Umgang mit bestimmten Betäubungsmitteln kraft Bundesrechts unter Strafe. Beide Gesetze sehen in nahezu gleichlautender Formulierung eine Ausnahme von der Strafbarkeit oder Strafverfolgung vor, wenn das Betäubungsmittel „lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge“[59] dient. Die Anwendung dieser Norm liegt in Deutschland wie der Schweiz bei den Ländern bzw. den Kantonen. Diese interpretieren das

---

[57] Zur Überlappung von Normebenen als Charakteristikum des öffentlichen Rechts *Arnauld* Öffnung (Fn. 49), 55 ff. Vgl. auch *Giovanni Biaggini* Methodik in der Rechtsanwendung, in: Anne Peters/Markus Schefer (Hrsg.) Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, 2004, 27 (28); *Matthias Ruffert* Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 26 ff.; *Benjamin Schindler* Verwaltungsermessen, 2010, Rn. 250 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft – Perspektiven der Systembildung, in: ders./Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 387 (392).

[58] Erstmals vertrat *Adolf Julius Merkl* die Stufenbaulehre in einem Beitrag von 1916 (Das Recht im Lichte seiner Anwendung [1916], in: ders. Gesammelte Schriften I/1 1993, 85), entwickelte sie in seinem Verwaltungsrecht (Fn. 21, 157 ff.) weiter und entfaltete sie in einem Festschriftenbeitrag für *Kelsen* (Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus: Rechtsinhalt und Rechtsform [1931], in: Ebd., 437). Hierzu rückblickend *Merkl* in einem Diskussionsbeitrag: VVDStRL 23 (1964), 138 (138 f.). Weiterführend *Ewald Wiederin* Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls, in: Stefan Griller/Hein Peter Rill (Hrsg.) Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 2011, 81 (81 ff.).

[59] § 31a Abs. 1 deutsches Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (BtMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.3.1994 (BGBl. I 358). Nahezu gleichlautend Art. 19b Abs. 1 des schweizerischen Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG) vom 3.10.1951 (SR 812.121; Stand 1.1.2018): „geringfügige Menge […] für den eigenen Konsum.“.

Bundesrecht sehr unterschiedlich und steuern die Behördenpraxis mittels Verwaltungsvorschriften in eine bestimmte – und keineswegs immer gleiche – Richtung.[60] Handelt es sich bei solchen Unterschieden der Rechtsanwendung um unerwünschte Vollzugsdefizite? Trifft die Länder daher die „Pflicht, für eine im wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften zu sorgen"[61], wie es das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem Cannabis-Urteil festhielt? Oder ist die unterschiedliche kantonale Praxis Ausdruck „abweichender lokaler Anschauungen", für die es in einem föderalistischen Staatswesen „gute Gründe"[62] gibt – wie es das schweizerische Bundesgericht in seiner Rechtsprechung vertritt?

e) *Methodische Herausforderungen*

Das Beispiel Betäubungsmittelrecht macht deutlich, dass eine weitgehend identische Rechtsfrage in unterschiedlichen Rechtsräumen ganz verschieden beantwortet werden kann. Verbindliche Aussagen, die vor Rechtsprechung und Rechtsdogmatik Bestand haben, lassen sich immer nur mit Blick auf ein ganz bestimmtes Mehrebenensystem machen und selbst dann sind Aussagen nur für eng umgrenzte Referenzgebiete möglich.[63] Was für das Betäubungsmittelrecht gilt, muss im Umweltrecht, im Asylrecht oder im Einbürgerungsrecht nicht richtig sein. Wenn Sie daher im Folgenden präzise rechtliche Aussagen erwarten, die in Deutschland, der Schweiz, Österreich oder gar auf europäischer Ebene flächendeckende Gültigkeit beanspruchen können, muss ich Sie enttäuschen. Ein derartiger methodischer Ansatz wäre – ganz in der Tradition *Otto Mayers* – bereits in seiner Stoßrichtung

---

[60] Zur unterschiedlichen Vollzugspraxis in Deutschland eingehend: *Carsten Schäfer/Letizia Paoli* Drogenkonsum und Strafverfolgungspraxis, Eine Untersuchung zur Rechtswirklichkeit der Anwendung des § 31a BtMG und anderer Opportunitätsvorschriften auf Drogenkonsumdelikte, 2006. Vgl. auch *Jörn Patzak* in: Harald Hans Körner/Jörn Patzak/Mathias Volkmer (Hrsg.) Betäubungsmittelgesetz, 8. Aufl. 2016, § 31a Rn. 40 ff.; *Klaus Weber* Betäubungsmittelgesetz, 5. Aufl. 2017, § 29 Rn. 2134 ff., § 31a Rn. 76 ff. Für die Schweiz *Peter Albrecht* Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–28l BetmG), 2016, Art. 19b Rn. 13 f.; *Thomas Fingerhuth/Stephan Schlegel/Oliver Jucker* Kommentar Betäubungsmittelgesetz mit weiteren Erlassen, 3. Aufl. 2016, Art. 19b Rn. 11 f.; *Gustav Hug-Beeli* Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 2016, Art. 19b Rn. 61 ff.; *Guido Jenny* Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1999, 617 (656 f.); *Philippe Weissenberger* Urteilsbesprechung zu BGE 124 IV 254, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1999, 353 (353 ff.).

[61] BVerfGE 90, 145 (169); *Kirchhof* in: Maunz/Dürig (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 134.

[62] BGE 124 IV 184 E. 2b (185). Vgl. auch BGE 124 IV 44 E. 2c S. 47; Urteil BGer 6B_630/2016 vom 25.1.2017, E. 2.3.

[63] *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 55.

unitarisch.[64] Meine Absicht ist es vielmehr, durch einen auf die klassischen Bundesstaaten fokussierten Vergleich einen Orientierungs- und Reflexionsrahmen im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt zu skizzieren.

Eine zweite methodische Herausforderung besteht darin, dass präzise Aussagen über eine einheitliche oder uneinheitliche Rechtsanwendungspraxis oft nicht möglich sind. Die rechtswissenschaftliche Literatur trifft meist Annahmen, die empirisch nicht näher fundiert sind.[65] Gerichte wiederum stellen Unterschiede im Vollzug erst fest, wenn sie im Einzelfall moniert werden oder offenkundig sind, wie in den beiden Cannabis-Urteilen. Ein verlässliches Bild über die Vollzugspraxis müssten sozialwissenschaftliche Untersuchungen liefern, die auf Ebene der Bundesländer, Kantone oder gar Gemeinden meist fehlen. Empirische Studien haben regelmäßig nur die nationalstaatliche Ebene im Fokus, auch wenn sie vergleichend angelegt sind. Nicht nur die rechtswissenschaftliche Dogmatik, sondern auch die Sozialwissenschaften leiden insofern an „Föderalismusblindheit".[66] Wenn ich nachfolgend den Fokus auf das Migrationsrecht einerseits und die Strafverfolgung andererseits lege, dann auch deshalb, weil hier punktuelle Untersuchungen vorliegen, die für Deutschland wie die Schweiz empirisch belastbare Aussagen zulassen.

---

[64] Vgl. *Peter Bußjäger* Homogenität und Vielfalt, Zur Theorie der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern in Österreich, 2006, 136 f. Bei einem primär europarechtlichen Fokus kann eine „ebenübergreifende" Methodik demgegenüber angezeigt sein und den innereuropäischen Angleichungsprozess unterstützen: *Eva Julia Lohse* Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem, DVBl 2018, 1120 (1124); *dies.* Rechtsanwendungsprozesse in der Europäischen Union, 2017, 540 f. Vgl. auch *Matthias Ruffert* Die Methodik der Verwaltungsrechtswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Methoden (Fn. 57), 165 (206 f.).

[65] Vgl. *Ivo Appel* Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 226 (232); *Martin Morlok* Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatsrechtslehre (Fn. 25), 49 (53 f.); *Regina Ogorek* Alltagstheorien/Sonntagstheorien, Zum Einsatz ‚ungewissen Wissens' bei der Rechtsfindung, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.) Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, FS Hans Peter Walter, 2005, 123 (123 ff.); *Andreas Voßkuhle* Methodische Elemente der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 30; *ders.* Rechtstatsachenforschung und Verwaltungsdogmatik, VerwArch 1994, 567 (579 ff.).

[66] Zur Föderalismusblindheit im Verwaltungsrecht *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 308 ff. Kritisch zu diesem Befund in den Sozialwissenschaften *Christian Henkes* Integrationspolitik in den Bundesländern?, in: Achim Hildebrandt/Frieder Wolf (Hrsg.) Die Politik der Bundesländer, Staatstätigkeit im Vergleich, 2008, 113 (114); *Anita Manatschal* Taking Cantonal Variations of Integration Policy Seriously – or How to Validate International Concepts at the Subnational Comparative Level, Swiss Political Science Review 2011, 336 (336 ff.); *Dietrich Thränhardt* Zuwanderungs- und Integrationspolitik in föderalistischen Ländern, in: Lale Akgün/ders. (Hrsg.) Integrationspolitik in föderalistischen Systemen, 2001, 15 (26 ff.).

2. *Gründe für eine uneinheitliche Rechtsanwendungspraxis*

Bevor ich eine wertende Einordnung wage, möchte ich der Frage nachgehen, wo die durch unterschiedliche Vollzugspraktiken hervorgerufene „‚offene Flanke' der Gleichheit" empirisch festzustellen ist und welche Faktoren für eine heterogene Vollzugspraxis bestimmend sind.

a) *Unterschiedlicher Problemdruck*

Fast in jedem größeren Rechtsraum besteht das Bedürfnis nach Anpassung einheitlicher Rechtsnormen an die örtlichen Gegebenheiten, da unter geographischen und sozialen Gesichtspunkten Unterschiede bestehen. So fällt die Art und Menge konsumierter Drogen regional sehr unterschiedlich aus.[67] Oder die Integration von Migrantinnen und Migranten wird örtlich beeinflusst durch die lokal unterschiedliche sozio-kulturelle Zusammensetzung der ausländischen Bevölkerung, den Urbanisierungsgrad und die Arbeitslosenquote.[68] Dadurch entsteht gegenüber den rechtsanwendenden Behörden „vor Ort" ein unterschiedlich starker Problemdruck.[69] Dieser ist einerseits Folge tatsächlicher und sozialwissenschaftlich quantifizierbarer Unterschiede. Der Problemdruck ist aber auch immer Spiegel kultureller

---

[67] Bereits *Montesquieu* stellte einen unterschiedlichen Alkoholkonsum in Europa fest und führte dies auf die klimatischen Unterschiede zurück: *Anonymus* (= Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu) De l'esprit des loix, Tome Premier, 1748, 372 ff. Heute können mit Hilfe von den seit dem Jahr 2000 vermehrt durchgeführten Abwasseranalysen konkrete Aussagen zum Gebrauch verbotener Substanzen in zahlreichen europäischen Städten gemacht werden: *Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht* Abwasseranalyse und Drogen – eine europäische städteübergreifende Studie, 2016. Weiter zurückreichende Kriminalitätsstatistiken leiden daran, dass sie jeweils nur die strafrechtlich verfolgten Delikte erfassen und damit bereits eine Gewichtung durch die Strafverfolgungsbehörden zum Ausdruck bringen. Vgl. *Schäfer/Paoli* Drogenkonsum (Fn. 60), 389.

[68] Diese Faktoren für die Schweiz nachweisend: *Nicole Wichmann/Michael Hermann/Gianni D'Amato/Denise Efionayi-Mäder/Rosita Fibbi/Joanna Menet/Didier Ruedin* Gestaltungsspielräume im Föderalismus: Die Migrationspolitik in den Kantonen, 2011, 90, 97, 106. Vgl. auch *Manatschal* Integration Policy (Fn. 66), 347 ff. Für Deutschland einen Konnex mit der sozio-kulturellen Zusammensetzung der ausländischen Bevölkerung nachweisend *Christian Henkes* Integrationspolitik in den Bundesländern?, in: Achim Hildebrandt/Frieder Wolf (Hrsg.) Die Politik der Bundesländer, Staatstätigkeit im Vergleich, 2008, 113 (132); auf die Bedeutung der Urbanisierung hinweisend *Karen Schönwälder* Immigrant Representation in Germany's Regional States: The Puzzle of Uneven Dynamics, West European Politics 2013, 634 (647).

[69] *Renate Mayntz* Föderalismus und die Gesellschaft der Gegenwart, AöR 1990, 232 (239); *Stefan Rieder/Andreas Balthasar/Ingrid Kissling-Näf* Vollzug und Wirkungen öffentlicher Politik, in: Peter Knoepfel/Yannis Papadopoulos/Pascal Sciarini/Adrian Vatter/Silja Häusermann (Hrsg.) Handbuch der Schweizer Politik, 5. Aufl. 2014, 563 (573 f.).

Unterschiede und politischer Präferenzen. So besteht in Deutschland und der Schweiz eine Korrelation zwischen parteipolitischer Zusammensetzung der Landes- bzw. Kantonsregierungen und einer eher inklusiven bzw. restriktiven Implementation von Bundesmigrationsrecht.[70] Bemerkenswert ist, dass eine politische Responsivität gegenüber der lokalen Bevölkerung sogar bei dekonzentrierten Bundesbehörden zu beobachten ist. So gibt es unterschiedliche Anerkennungsraten der nach Ländern organisierten Außenstellen des Deutschen Bundesamts für Migration und Flüchtlinge (BAMF). Eine Analyse zeigt, dass hierfür neben anderen Faktoren auch die unterschiedlichen politischen Befindlichkeiten in den Bundesländern verantwortlich sind.[71]

b) *Unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen*

Neben dem tatsächlichen oder empfundenen Problemdruck, der mit rechtlichen Mitteln nur begrenzt steuerbar ist, haben aber auch rechtliche Rahmenbedingungen einen Einfluss auf eine einheitliche oder uneinheitliche Rechtsanwendungspraxis. So gehört zum bestimmenden rechtlichen Rahmen der Verwaltungs- und Justiztätigkeit nicht nur das materielle Recht, sondern auch das Organisations- und Verfahrensrecht. Für viele föderale Strukturen ist charakteristisch, dass eine Vereinheitlichung in erster Linie über materielle Rechtsvorschriften erfolgt, das Verfahrens- und Organisationsrecht aber nicht oder nur punktuell angeglichen wird. Unterschiede in verfahrensrechtlicher Hinsicht sind insbesondere unter den EU-Mitgliedstaaten feststellbar.[72] In der Schweiz und Deutschland fand in unterschiedlichem Ausmaß lediglich eine Angleichung zwischen Bun-

---

[70] Für Deutschland *Henkes* Integrationspolitik (Fn. 68), 124, 128; *Ursula Münch* Integrationspolitik der Länder – dringliche Zukunftsaufgabe im Umbruch, in: Achim Hildebrandt/Frieder Wolf (Hrsg.) Die Politik der Bundesländer, 2. Aufl. 2016, 365 (379 ff.). Für die Schweiz *Wichmann* et al. Migrationspolitik (Fn. 68), 97, 105 f.; vgl. auch *Eva Maria Belser* Das föderalistische Migrationsrecht der Schweiz – vom Umgang mit Einheit und Vielfalt bei der Gestaltung einer Verbundaufgabe, Jahrbuch des Föderalismus 2015, 117 (122 ff.). Vergleichend *Lisa Riedel/Gerald Schneider* Dezentraler Asylvollzug diskriminiert: Anerkennungsquoten von Flüchtlingen im bundesdeutschen Vergleich, 2010–2015, Politische Vierteljahresschrift 2017, 21 (24 f.).

[71] *Riedel/Schneider* Dezentraler Asylvollzug (Fn. 70), 25, 42 f. Hierzu die Antwort der Bundesregierung vom 9.10.2017 (Deutscher Bundestag, Drucksache 18/13670).

[72] Vgl. zu Unterschieden und Konvergenzen *Thomas von Danwitz* Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 134 ff., 302 ff.; *Ton Heukels/Jamila Tib* Towards Homogeneity in the Field of Legal Remedies: Convergence and Divergence, in: Paul Beaumont/Carole Lyons/Neil Walker (Hrsg.) Convergence and Divergence in European Public Law, 2002, 111; *Rostane Mehdi* L'autonomie institutionelle et procédurale et le droit administratif, in: Jean-Berard Auby/Jacqueline Dutheil de la Rochère (Hrsg.) Droit Administratif Européen, 2007, 685 (705 ff.); *Matthias Ruffert* Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: IPE V, 2014, § 94

desländern bzw. Kantonen statt,[73] während in Österreich das Allgemeine Verwaltungsverfahren mit dem AVG auch für die Länder vereinheitlicht wurde.[74] Ähnliche Grade der Heterogenität und Homogenität lassen sich im Organisationsrecht feststellen. Wenn das Verfahrens- und Organisationsrecht als Steuerungsressourcen ernst genommen werden,[75] dann strahlen sie unvermeidlich auch auf die Rechtspraxis aus und können Ursache eines uneinheitlichen Vollzugs sein. Ein Vergleich der Einbürgerungsquoten in den schweizerischen Kantonen und Gemeinden hat gezeigt, dass nicht in erster Linie die liberalen oder restriktiven kantonalen Einbürgerungsvorschriften die unterschiedlichen Quoten erklären, sondern die organisationsrechtliche Weichenstellung, die Einbürgerung einem Legislativorgan oder einem Exekutivorgan zur Entscheidung zu übertragen.[76]

Rn. 36 ff. Spezifisch zum gerichtlichen Rechtsschutz *Martin Kayser* Rechtsschutz und Kontrolle, in: IPE V, 2014, § 91 Rn. 128 ff.

[73] In der Schweiz bestehen nach wie vor Unterschiede der kantonalen Verfahrensordnungen, doch fand insb. durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR sowie die informelle Vorbildfunktion des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes vom 20.12.1968 (VwVG; SR 172.021) eine gewisse Angleichung statt: *Daniela Thurnherr* Einheitlichkeit und Vielfalt in der Verwaltungsrechtspflege – Die kantonale Verfahrensautonomie auf dem Prüfstand, Bernische Verwaltungsrechtsprechung (BVR) 2015, 74 (74 ff.). Wesentlich stärker ist die Angleichung der Landesverfahrensgesetze in Deutschland, die insb. durch den Musterentwurf von 1963 begünstigt wurde: *Hermann Pünder* Verwaltungsverfahren, in: Dirk Ehlers/ders. (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 5, 10 f.

[74] Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) von 1925 (1950 und 1991 wiederverlautbart) findet grundsätzlich auf sämtliche Verfahren Anwendung, die auf Erlassung eines Bescheides (Verwaltungsakt) abzielen, unabhängig davon, ob es sich um eine Bundes-, Landes- oder Gemeindebehörde handelt: *Dieter Kolonovits/Gerhard Muzak/Karl Stöger* Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, 10. Aufl. 2014, Rn. 58. Vgl. auch Art. 11 Abs. 2 und Art. 136 Abs. 1 S. 1 B-VG

[75] Vgl. *Thomas Groß* Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 19 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 244 ff.; *Gunnar Folke Schuppert* Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 16 Rn. 5; *Stefan Vogel* Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, 2008, 83 ff.

[76] *Wichmann* et al. Migrationspolitik (Fn. 68), 102. Ebenfalls einen starken Einfluss auf die Einbürgerungsquote hat die Herkunft der Einbürgerungswilligen. Vgl. hierzu die Studie von *Jens Hainmueller/Dominik Hangartner* (Who Gets a Swiss Passport? A Natural Experiment in Immigration Discrimination, American Political Science Review 107/2013, 159), die indes die organisationsrechtliche Dimension ausblendet, da nur Einbürgerungen mittels geheimer Volksabstimmung untersucht werden (das Bundesgericht hat diese Einbürgerungspraxis in BGE 129 I 217 inzwischen als verfassungswidrig eingestuft). Zur Bedeutung des Verfahrens- und Organisationsrechts im bundesweit vereinheitlichten Gewässerschutzrecht *Jeannette Kehrli* Spielräume der Kantone in der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung, Umweltrecht in der Praxis (URP) 2016, 738 (756).

Eine uneinheitliche Rechtsanwendung kann schließlich auch Ausdruck unterschiedlicher Rechtstraditionen, der Rechtsmethodik oder der Rechtssprache sein. Besonders offensichtlich ist dies auf europäischer Ebene, wo neben die angelsächsischen Rechtstraditionen verschiedene kontinentaleuropäische Traditionen treten.[77] Es ließe sich daher kritisch fragen, ob es *das* Unionsrecht überhaupt gibt und nicht realistischer von „Nationalen Unionsrechten" gesprochen werden sollte.[78] Und selbst dort, wo eine scheinbar gemeinsame Rechtstradition und Sprache bestehen, wie im deutschsprachigen Raum, kann es gerade die gemeinsame Standardsprache sein, die Anlass zu Irritationen und Missverständnissen gibt, weil die juristische Fachsprache eben weniger einheitlich ist, als es eine identische Wortwahl vermuten ließe.[79]

III. Orientierungs- und Reflexionsrahmen im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt

1. Tradierte dogmatische Einordnungen

Mögliche Ursachen für einen unterschiedlichen Vollzug identischer Normen in Mehrebenenstrukturen gibt es somit viele. Wie aber sind unterschiedliche Vollzugspraktiken normativ zu bewerten? Die traditionelle Dogmatik in Deutschland, Österreich und der Schweiz bietet hierfür – stark vereinfacht dargestellt – drei Lösungsansätze an: Offen thematisiert wird die Problematik unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes, wobei dieser nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur Ungleichbehandlungen durch

---

[77] *Danwitz* Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 72), 124 ff.; *Uwe Kischel* Rechtsvergleichung, 2015, § 6 Rn. 3 ff.

[78] *Armin Hatje/Peter Mankowski* „Nationale Unionsrechte" – Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen, EuR 2014, 155. Vgl. auch *Carol Harlow* Voices of Difference in a Plural Community, in: Paul Beaumont/Carole Lyons/Neil Walker (Hrsg.) Convergence and Divergence in European Public Law, 2002, 199 (210).

[79] Vgl. bereits *Fritz Fleiner* Beamtenstaat und Volksstaat (1916), in: ders. Ausgewählte Schriften und Reden, 1941, 139 (146): „Sein wissenschaftliches Verständnis wird dem Ausländer erschwert durch die Neigung der schweizerischen Literatur, schweizerische Einrichtungen wegen ihrer äußerlichen Ähnlichkeit mit ausländischen, insbesondere reichsdeutschen Erscheinungen mit dem im deutschen Recht dafür geprägten Ausdrücken zu belegen. Damit wird aber die richtige juristische Charakterisierung verwischt." Vgl. auch *Stefan Griller* Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht, VVDStRL 76 (2017), 238 (274 f.); *Harlow* Voices of Difference (Fn. 78), 206; *Uwe Kischel* Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht, VVDStRL 76 (2017), 285 (292 f.); *ders.* Rechtsvergleichung (Fn. 77), 555 ff.; *Wiederin* modus austriacus (Fn. 25), 294.

denselben Hoheitsträger erfasst.[80] Die Rechtsanwendungspraxis eines Bundeslandes oder eines Kantons gilt somit nur für dieses eine Gemeinwesen und bindet die anderen Länder oder Kantone nicht. Die bundesstaatliche Fragmentierung des Gleichheitssatzes erscheint dann als nahezu logische Konsequenz des Vollzugsföderalismus und soll verhindern, dass der Bundesstaat seines Gehalts entleert wird.[81] Der Anspruch auf Gleichheit „vor dem Gesetz" wird zum Anspruch auf „Gleichheit vor demselben Hoheitsträger". Diese föderalismusfreundliche Tabuisierung des Gleichheitssatzes kontrastiert mit dem zweiten, dem verwaltungsrechtlichen Lösungsansatz. Aus verwaltungsrechtlicher Perspektive fragt der Rechtsanwender nach der „richtigen" Anwendung der materiell-rechtlichen Bundesnormen. Darüber hinaus stellt die Verwaltungsrechtsdogmatik ein reich bestücktes Arsenal zur gerichtlichen Kontrolle des Verwaltungsermessens bereit. Damit werden auch Gestaltungskompetenzen der vollziehenden Länder und Kantone durch Gerichte des Bundes überprüfbar. Hierin liegt eine einheitsstiftende Kraft – allerdings ohne dass diese transparent gemacht oder kritisch reflektiert würde.[82] Der dritte dogmatische Zugang erfolgt über die Grundrechte.

---

[80] Für Deutschland BVerfGE 75, 329 (347) und bereits BVerfGE 1, 82 (85); *Boysen* in: v. Münch/Kunig (Fn. 54), Art. 3 Rn. 73; *Heun* in: Dreier (Fn. 54), Art. 3 Rn. 49; *Kirchhof* in: Maunz/Dürig (Fn. 54), Art. 3 Rn. 159; *Puhl* Gleichheit (Fn. 42), 80 f.; *Wolfgang Rüfner* in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 162 (1992); *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 68 ff. Für Österreich *Bußjäger* Gleichheitsgrundsatz (Fn. 24), 293; *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 763 f. Für die Schweiz BGE 138 I 321 E. 5.3.7 (330) und bereits BGE 89 I 425 E. 2 (429); *Biaggini* Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl. 2017, Art. 8 Rn. 15; *Vincent Martenet* Géométrie de l'égalité, 2003, Rn. 330 ff.; *Müller* in: Kommentar BV 1874 (Fn. 30), Art. 4 Rn. 39; *Jörg Paul Müller/Markus Schefer* Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, 673 f.; *Schweizer* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 54), Art. 8 Rn. 23; *ders*. Homogenität und Vielfalt; *Waldmann* in: Basler Kommentar (Fn. 54), Art. 8 Rn. 25, 38.

[81] BGE 124 IV 44 E. 2c S. 47 („Il en résulte le risque que se développent des pratiques cantonales différentes. Ce risque est inhérent à la délégation de la poursuite aux cantons; d'une certaine manière, il découle de la structure fédérale du pays, voulue par la Constitution elle-même."). Vgl. *Hanno Kube* Rechtliche Gleichheit und tatsächliche Verschiedenheit, in: Rudolf Mellinghoff/Ulrich Palm (Hrsg.) Gleichheit im Verfassungsstaat, Symposium Paul Kirchhof, 2008, 23 (44 f.); *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 763; *Puhl* Gleichheit (Fn. 42), 84 f.; *Schweizer* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 54), Art. 8 Rn. 23.

[82] Für Deutschland insb. mit Blick auf die Ermessenslehre *Boysen* Gleichheit (Fn. 6), 129, 133 ff.; *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 429 ff., 580. Für die Schweiz *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 223 f., 235 ff.; *Schindler* Verwaltungsermessen (Fn. 57), Rn. 237; *Rainer J. Schweizer* Homogenität und Vielfalt im schweizerischen Bundesstaat, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.) Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, 161 (169 f., 175). *Triepel* wies bereits 1917 auf die bundesstaatliche Dimension der Ermessenslehre hin: Reichsaufsicht (Fn. 3), 407 ff.

Auch die Grundrechtsdogmatik hat die bereits erwähnte unitarische Stoßrichtung. Anders als beim verwaltungsrechtlichen Zugang findet bei einzelnen Gerichten aber ein Nachdenken über das Ausmaß einer einheitlichen oder unterschiedlichen Grundrechtsverwirklichung statt, wie insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Einräumung einer *margin of appreciation* deutlich macht.[83] Die Rechtsprechung des EGMR ist auch Ausdruck davon, dass dem Gericht einzig der Schutz der Menschenrechte übertragen ist und dies außerdem in einem Rechtsraum, der mit seinen 47 sehr unterschiedlichen Mitgliedstaaten hochgradig heterogen ist.[84] Dennoch lässt sich der Ansatz auch auf die gerichtliche Nachkontrolle im bundesstaatlichen Kontext übertragen, wie die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zeigt. Sowohl im Rahmen der Grundrechtsprüfung wie auch bei der Kontrolle der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht lässt das Bundesgericht Ansätze einer reduzierten Prüfungsdichte gegenüber den Kantonen erkennen, wobei sich diese Praxis bislang nicht zu einer eigentlichen „Doktrin" verdichtet hat.[85]

[83] Erstmals EGMR, *de Wilde, Ooms et Versyp/Belgique*, Urteil vom 18.6.1971, 2832/66 u.a., Serie A Nr. 12, Ziff. 93; grundlegend dann EGMR, *Handyside/United Kingdom*, Urteil vom 7.12.1976, 5493/72, Serie A Nr. 24, Ziff. 47 ff. Vgl. *Andrea Edenharter* Grundrechtsschutz in föderalen Mehrebenensystemen, 2018, 757 ff.; *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 18 Rn. 21; *Thomas Kleinlein* Federalisms, rights, and autonomies: The United States, Germany, and the EU, International Journal of Constitutional Law 2017, 1157 (1171); *José Antonio Pastor Ridruejo* Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme, in: Jürgen Bröhmer et al. (Hrsg.) Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: FS Georg Ress, 2005, 1077 (1077 ff.); *Judith Resnik* Accommodations, Discounts, and Displacement: The Variability of Rights as a Norm of Federalism(s), Jus Politicum 2017, 209 (245 ff.). Verankert werden soll die *margin of appreciation*-Doktrin mit einem Zusatz zur Präambel im Rahmen des 15. Zusatzprotokolls zur EMRK vom 24.6.2013 (CETS 213).

[84] Vgl. *Edenharter* Grundrechtsschutz (Fn. 83), 929, 934.

[85] Vgl. immerhin in seiner grundrechtlichen Rechtsprechung BGE 115 Ia 370 E. 3 (372): „Oft sind verschiedene Lösungen eines Problems mit der Verfassung vereinbar, weshalb den Kantonen genügend Raum gelassen werden soll, die ihnen am besten entsprechende Regelung zu treffen. Die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit spielt auch im Kontext des Föderalismus eine Rolle: Dem Bundesgericht ist erlaubt, zum Ausgleich starker Zentralisierung bewusst nach Wegen zu suchen, kantonale Autonomie zu schonen, solange zentrale Grundrechtspositionen dadurch nicht verletzt werden." Zur grundrechtlichen Rechtsprechung *Edenharter* Grundrechtsschutz (Fn. 83), 922 ff., 983; *Judith Wyttenbach* Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten, 2017, 336 ff. Zur verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung *Schindler* Verwaltungsermessen (Fn. 57), Rn. 233 ff., 360 ff.; *ders.* in: Christoph Auer/Markus Müller/ders. (Hrsg.) Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2018, Art. 49 Rn. 18. Vgl. auch *Yvo Hangartner* Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheiden der Vorinstanz, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter (Hrsg.) Akteure der Gerichtsbarkeit, 2007, 159 (167 f.).

Die traditionellen Zugänge der Dogmatik blenden das Spannungsfeld von einheitlicher Norm und unterschiedlichem Vollzug somit weitgehend aus oder fokussieren auf die *ex post*-Perspektive der gerichtlichen Nachkontrolle. Zusätzliche normative Gesichtspunkte kann ein Ansatz liefern, der bezogen auf das jeweilige Mehrebenensystem versucht, die dahinterliegenden und meist unausgesprochenen Grundwertungen deutlich zu machen.[86] Mit Blick auf klassische Bundesstaaten drängen sich drei Schlüsselfragen auf: Was bedeutet Föderalismus? Was bedeutet Rechtsgleichheit? Und – das mag Sie vielleicht erstaunen – was bedeutet Demokratie? In der verbleibenden Zeit dürfen Sie hierauf keine abschließenden Antworten erwarten. Aber immerhin eine Erklärung dafür, weshalb diese Fragen zentral sind.

2. *Was bedeutet Föderalismus: pluralistische Konkurrenz oder solidarische Angleichung?*

Was bedeutet Föderalismus? Dienen föderale Gebilde in erster Linie dazu, historisch gewachsene Strukturen in ihrer Vielfalt zu bewahren und nur soweit zu vereinheitlichen, wie es notwendig ist, um gemeinsame Ziele zu erreichen?[87] Oder erfüllt der Bundesstaat die Aufgabe, heterogene Strukturen langfristig im Fluchtpunkt vollkommener Rechtseinheit aufgehen zu lassen, staatliche Gewalt im Gegensatz zum Zentralstaat aber immerhin einer zusätzlichen, nämlich vertikalen Gliederung zu unterwerfen?[88] Die Europäische Union und die Schweiz gleichen eher der ersten Variante, was in Verfassungs- und Vertragswerken mit der Semantik von der „Vielfalt in der Einheit“ und der Betonung des föderalen Subsidiaritätsprinzips seinen Ausdruck findet.[89] Deutschland und Österreich stehen demgegenüber bei-

---

[86] Vgl. *Peter Häberle* Rechtsvergleichung im Dienste der Verfassungsentwicklung – an Beispielen des Föderalismus/Regionalismus, in: ders. (Hrsg.) Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis, 2016, 58 (61); *Harlow* Voices of Difference (Fn. 78), 208.

[87] Vgl. für die Schweiz *Fleiner* Bundesstaatsrecht (Fn. 35), 762; *ders*. Zentralismus und Föderalismus (Fn. 35), 204; *Häberle* Föderalismus-Modelle (Fn. 36), 47. Vgl. auch *Leonhard Neidhart* Elementare Bedingungen der Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: Benz/Lehmbruch (Hrsg.) Föderalismus (Fn. 14), 111 (115).

[88] Vgl. für Deutschland *Konrad Hesse* Der unitarische Bundesstaat, 1962, 21; *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 224, 233 (Bundesstaat als „unfertiger“ Staat), 260 f., 284 (Einheitsstaat als „ehrenhafte Alternative“), 323 ff., 335; *Jestaedt* Bundesstaat (Fn. 6), § 29 Rn. 6. Den Aspekt der „kulturellen Vielfalt und kulturellen Freiheit“ auch für Deutschland betonend *Häberle* Föderalismus-Modelle (Fn. 36), 47.

[89] Der Vertragsentwurf für eine europäische Verfassung unterstrich die Bedeutung eines „in Vielfalt geeinten Europas“ und die Schweizer Bundesverfassung bringt in ihrer Präambel den Willen von Bund und Kantonen zum Ausdruck, „ihre Vielfalt in der Einheit zu leben“. Das Subsidiaritätsprinzip wird im Vertrag über die EU (Art. 5 Abs. 3) und Art. 5a

spielhaft für den „unitarischen Bundesstaat“[90]. Unterschiedliche Föderalismuskonzeptionen bestehen aber auch mit Blick auf die Frage, ob unter den Gliedstaaten ein Wettbewerb bestehen soll oder ob ein solcher vor dem Hintergrund des Solidaritätsgedankens unerwünscht ist. Die Schweiz wird oft als Beispiel eines gemäßigt kompetitiven Föderalismus genannt, während in Deutschland der Solidaritätsgedanke einen hohen Stellenwert genießt.[91] So hebt das Grundgesetz die Bedeutung der Einheitlichkeit und Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet hervor (Art. 72 Abs. 2; Art. 106 Abs. 3 Ziff. 2). Welche normative Strahlkraft man diesen Einheitlichkeitsgeboten beimisst, ist bekanntlich umstritten und soll hier nicht vertieft werden.[92] Die genannten Bestimmungen machen aber gerade im Vergleich zur Schweiz unterschiedliche Gewichtungen deutlich, die auch eine Grundstimmung in der jeweiligen Bevölkerung reflektieren.[93]

---

der schweizerischen Bundesverfassung ausdrücklich erwähnt. Vgl. auch Art. 3 Abs. 3 EUV: „Sie wahrt den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt und sorgt für den Schutz und die Entwicklung des kulturellen Erbes Europas.“.

[90] *Konrad Hesse* Bundesstaat (Fn. 88): „Der deutsche Bundesstaat der Gegenwart ist, wenn auch nicht ohne Einschränkungen so doch im Prinzip, *unitarischer Bundesstaat*.“ (Hervorhebungen im Original). Zum Hintergrund und der Wirkungsgeschichte von *Hesses* Schrift *Lehmbruch* Bundesstaat (Fn. 14), 56; *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 252 ff. Vergleichend *Häberle* Rechtsvergleichung (Fn. 86), 62 f.

[91] Vergleichend *Dietmar Braun* Dezentraler und unitarischer Föderalismus. Die Schweiz und Deutschland im Vergleich, Swiss Political Science Review 2003, 57 (84); *Bußjäger* Föderale Systeme (Fn. 45), 22 ff., 70; *Wolf Linder* Kompetenzzuordnung und Wettbewerb im Föderalismus, in: Lars P. Feld/Ekkehard A. Köhler/Jan Schnellenbach (Hrsg.) Föderalismus und Subsidiarität, 2016, 109 (114 ff.); *Rupert Scholz* Wettbewerbsföderalismus versus unitarischer oder kooperativer Föderalismus, in: Ralf Thomas Baus/Raoul Blindenbacher/Ulrich Karpen (Hrsg.) Wettbewerb versus Kooperation, 2007, 92 (93 f.). Vgl. zur Zurückhaltung gegenüber wettbewerblichen Elementen im deutschen Föderalismus *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 330 ff.; *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 566. Zur (begrenzten) „Entdeckung des Wettbewerbsföderalismus“ in Deutschland *Veith Mehde* Föderalismusbilder im Wandel – Rechtliche Perspektiven zwischen Empirie und Ideologie, dms (der moderne Staat) 2012, 444 (446 ff., 455).

[92] Vgl. nur *Boysen* Gleichheit (Fn. 6), 119 ff.; *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 271; *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 532 ff.; *Martin Schuppli* Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse, 2016, 45 ff. Vgl. zur einheitsstiftenden Wirkung des „einheitlichen Wirtschaftsgebiets“ im österreichischen B-VG (Art. 4) *Bußjäger* Gleichheitsgrundsatz (Fn. 24), 291 f.

[93] Demnach wünschen sich 88% der in Deutschland befragten Personen einen von Solidarität (und nicht von Wettbewerb) geprägten Föderalismus. Länderfusionen sind in Bayern (größte Ablehnung) nur für 34% wünschbar, in Berlin (höchste Zustimmung) für 61% der befragten Personen (*Ole Wintermann/Thieß Petersen* Bürger und Föderalismus: Eine Umfrage zur Rolle der Länder, Bertelsmann Stiftung 2008, 17, 23). Auf die Frage, was „Föderalismus“ für sie bedeutet, nannten die in der Schweiz befragten Personen an erster Stelle die „Souveränität der Kantone“ (25%), an zweiter Stelle das „Subsidiaritätsprinzip“ (21%) und weit abgeschlagen „Kohäsion, Solidarität“ (2%). Der steuerpolitischen Autono-

Diesen Prägungen können sich auch die Gerichte nicht entziehen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat verschiedentlich festgehalten, dass „trotz getrennten Ländervollzugs eine im wesentlichen einheitliche Verwaltungspraxis gewährleistet“[94] sein müsse. Das bereits erwähnte Cannabis-Urteil steht exemplarisch für diese Rechtsprechungslinie.[95] Ein bundesweit uneinheitlicher Vollzug steht somit unter hohem Legitimationsdruck.[96] Als Gründe, die eine unterschiedliche Rechtsanwendung zu rechtfertigen vermögen, werden in der Lehre die besonderen Umstände des Einzelfalls und abweichende örtliche Gegebenheiten genannt.[97] Eine über die Sicherstellung von Situationsgerechtigkeit hinausgehende „systematische politische Akzentsetzung“ durch die Länder wird dagegen mehrheitlich abgelehnt.[98]

Ganz anders das Schweizer Bundesgericht in *seinem* Cannabis-Urteil. Es geht von der Annahme aus, dass es für die unterschiedlichen Vollzugspraktiken der Kantone schon „gute Gründe“ gebe. Das Gericht nennt zwar beispielhaft „abweichende lokale Anschauungen“. Dass es darüber hinaus aber keinen Anlass sieht, die Frage näher zu vertiefen, kann man als

mie der Kantone messen 71% der Befragten eine „große“ oder „gewisse“ Bedeutung zu. Kantonsfusionen sind in der Schweiz nur für 23% der befragten Personen wünschenswert (*Nationale Föderalismuskonferenz* Untersuchung über die Wahrnehmung des Föderalismus bei den Leadern und in der Bevölkerung, 2017, 58, 75, 111). Zum im europäischen Vergleich schwachen Länderbewusstsein in Deutschland *Bußjäger* Föderale Systeme (Fn. 45), 115 f.

[94] BVerfGE 11, 6 (18); vgl. auch BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschluss vom 27.11.1984 – 2 BvR 1127, 1130/84 – NVwZ 1985, 259 (259 f.); BVerfGE 1, 82 (85). Vgl. auch *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 71.

[95] BVerfGE 90, 145 (169).

[96] Zum „Begründungszwang“ des dezentralen Vollzugs *Horst Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 218. Zur grundsätzlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit des Bundesstaats in Deutschland *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 322 („Der Bundesstaat des Grundgesetzes steht unter Rechtfertigungszwang, wie er auf Demokratie und Rechtsstaat nicht lastet.“); *Jestaedt* Bundesstaat (Fn. 6), § 29 Rn. 11, 30 ff. Zum „Angefochtensein des Bundesstaatsprinzips“ auch *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 394 ff. Demgegenüber ist der Föderalismus (neben der direkten Demokratie) ein tragendes und identitätsstiftendes Kernelement der „Willensnation Schweiz“: *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier* Droit constitutionnel suisse, Vol. I, 3. Aufl. 2013, Rn. 944; *Braun* Föderalismus (Fn. 91), 67; *Neidhart* Bedingungen (Fn. 87), 124; *René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax* Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 576 ff.; *Adrian Vatter* Das politische System der Schweiz, 3. Aufl. 2018, 484.

[97] *Rüfner* in: Bonner Kommentar (Fn. 80), Art. 3 Abs. 1 Rn. 178; *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 72.

[98] *Heun* in: Dreier (Fn. 54), Art. 3 Rn. 49. Ähnlich *Dittmann* Gleichheitssatz (Fn. 42), 235 f.; *Rüfner* in: Bonner Kommentar (Fn. 80), Art. 3 Abs. 1 Rn. 178 f.; a.A. *Boysen* Gleichheit (Fn. 6), 133; *Christian Heitsch* Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, 146. Differenzierend *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 71 f.; *Puhl* Gleichheit (Fn. 42), 79 ff.

typisch schweizerischen Pragmatismus oder aber als unreflektiertes Wohlwollen gegenüber der kantonalen Vielfalt interpretieren.[99] Möglicherweise steckt dahinter aber auch eine abwartende Zurückhaltung gegenüber den Kantonen und Städten, die damals auf der experimentellen Suche nach einer neuen Drogenpolitik waren.[100] Höchstrichterliche Selbstbeschränkung ermöglicht insofern einen Wettbewerb um die bestmögliche Umsetzungslösung. Dass der schweizerische Föderalismus in seiner Grundtendenz kompetitiver ist als in Deutschland und Österreich, hängt aber vor allem mit der Finanzordnung zusammen.[101] Der Steuerwettbewerb zwischen Kantonen und Gemeinden prägt auch den Vollzug von Bundesrecht. Mittels Beeinflussung von *pull* und *push*-Faktoren im Migrationsrecht[102] werden etwa erwünschte Migrantinnen und Migranten angelockt, unerwünschte abgeschreckt. Dies geschieht einerseits in Bereichen, wo die Kantone über eigene Rechtsetzungsbefugnisse verfügen.[103] Daneben aber auch dort, wo offene Normen des Bundesrechts – etwa der Nachweis einer „angemessenen" oder „bedarfsgerechten" Wohnung beim Familiennachzug – konkretisiert werden müssen. Die kantonalen Rechtsanwendungspraktiken unterscheiden sich dabei in hohem Maß, wobei sich diese Unterschiede

---

[99] BGE 124 IV 184 E. 2b (185). Vgl. auch Urteil BGer 6B_630/2016 vom 25.1.2017, E. 2.3.

[100] Zur Experimentalphase der schweizerischen Drogenpolitik in den 1990er-Jahren (das Urteil erging 1998) *Linder* Wettbewerb (Fn. 91), 116. Angestoßen durch eine Arbeitsgruppe mehrerer Städte ist ein neuer Art. 8a BetmG geplant, der örtlich, zeitlich und sachlich begrenzte Pilotversuche im Umgang mit Cannabis erlauben soll (*Eidg. Departement des Innern* Erläuternder Bericht zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes und Verordnung über Pilotversuche nach dem Betäubungsmittelgesetz vom 4.7.2018, 4). Zum experimentellen Föderalismus im Schweizer Strafrecht vgl. auch *Martin Killias/Gwladys Gilliéron* Föderalismus und Experimente: Warum der Föderalismus evidenz-gestütztes Lernern fördert, in: Axel Dessecker/Rudolf Egg (Hrsg.) Justizvollzug und Strafrechtsreform im Bundesstaat, 2011, 13 (15 ff.). Generell zum experimentellen „Werkstattcharakter" des Föderalismus *Bußjäger* Föderale Systeme (Fn. 45), 117 f. Zur Migrationspolitik *Christophe Koller* A la recherche des meilleures pratiques, terra cognita 19/2011, 38 (40 f.).

[101] Zum föderal differenzierten schweizerischen Steuersystem aus deutscher Perspektive *Christian Waldhoff* Finanzautonomie und Finanzverflechtung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 216 (264 f.).

[102] Zur Beschreibung soweit ersichtlich erstmals *Everett S. Lee* A Theory of Migration, Demography 1966, 47 (56). Vgl. *Martina Caroni/Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa Ott/Nicole Scheiber* Migrationsrecht, 3. Aufl. 2014, 2 f.; *Breitenmoser* Migrationssteuerung (Fn. 45), 17 f.

[103] Dies geschieht in der Schweiz in den Bereichen innere Sicherheit (z.B. Verhüllungsverbot im öffentlichen Raum), im Schulwesen (Stützunterricht für fremdsprachige Kinder, Zulassung von islamischen Kindergärten und Schulen, Bekleidungsvorschriften an öffentlichen Schulen), im Gesundheitsrecht, in der Sozialhilfe oder Kulturförderung: *Breitenmoser* Migrationssteuerung (Fn. 45), 37. Vgl. für die USA *Resnik* Accommodations (Fn. 83), 221 ff.

nur teilweise mit den örtlichen Gegebenheiten erklären lassen.[104] Auch in Deutschland bestehen solche Unterschiede im Vollzug vergleichbarer bundesrechtlicher Normen, doch bewegen sich diese in einer wesentlich schmaleren Bandbreite.[105]

Föderale Strukturen werden schließlich auch dadurch geprägt, wie weit die Gliedstaaten in den Prozess der Rechtsetzung auf Bundesebene eingebunden werden. In Deutschland können die Länderregierungen über den Bundesrat direkt Einfluss auf die Gesetzgebung und teilweise sogar auf die Verordnungen nehmen und damit das von ihnen anzuwendende Recht mitgestalten oder gar verhindern.[106] Anders in der Schweiz: Die Ständeräte sind keine eigentlichen Vertreter der Kantone und die Kantonsregierungen nicht in der gleichen Weise Veto-Spieler in der nationalen Politikformulierung, wie dies in der Bundesrepublik der Fall ist.[107] Die oft unzureichende Berücksichtigung von Umsetzungsfragen durch den Bundesgesetzgeber kann daher die Akzeptanz des Bundesrechts bei den kantonalen Vollzugsorganen schwächen und die Bereitschaft stärken, die vom Gesetzgeber belassenen Spielräume als „ultimum refugium kantonaler Staatlichkeit“[108] maximal auszureizen.[109]

---

[104] *Alberto Achermann* Integration und Habitat, Die „angemessene Wohnung“ als Voraussetzung für den Familiennachzug, Die Praxis der Kantone im Vergleich, 2004, 29: Der Umstand, dass im ländlich geprägten Kleinstkanton Appenzell-Innerrhoden und dem urbanen Großkanton Zürich dieselben Kriterien gelten sollen, deutet mit Blick auf den Gleichheitssatz auf eine unzureichende Differenzierung hin.

[105] *Achermann* Integration (Fn. 104), 36 f.

[106] Vgl. *Armin von Bogdandy* Gubernative Rechtsetzung, 2000, 434 ff.; *Roman Herzog* Aufgaben des Bundesrates, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 58 Rn. 5 ff.

[107] *Braun* Föderalismus (Fn. 91), 67. Vgl. *Kadelbach* Autonomie und Bindung (Fn. 6), 17. Zu den Mitwirkungsmöglichkeiten der Kantone bei der Normsetzung des Bundes und bestehenden Defiziten *Patricia Egli* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 54), Art. 46 Rn. 29, 36; *Christian Rüefli* Formen und Verfahren des frühzeitigen Einbezugs der Kantone bei der Erarbeitung von Vorentwürfen von Bundeserlassen, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen vom 1.5.2015, 6 ff., 47 ff.; *Sandra Maissen/Luzius Mader/Robert Baumann* Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone: jüngste Entwicklungen, in: Felix Uhlmann (Hrsg.) Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, 2013, 63 (66 ff., 70 ff.); *Christian Schuhmacher* Optimierung der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone – Zwischenstand eines Projekts, LeGes 2015, 405 (405 ff., 415 ff.); *Rainer J. Schweizer* Rechtssetzungsprobleme des Bundes im Hinblick auf den Vollzug durch die Kantone, ZBl 1977, 1 (14 f.).

[108] *Dietrich Schindler jun.* Das Zusammenwirken zwischen Bundesverwaltung und kantonalen Verwaltungen, in: Jahrbuch der Schweizerischen Vereinigung für politische Wissenschaften 1964, 61 (70).

[109] *Braun* Föderalismus (Fn. 91), 71 f. spricht gar von der „Vetomacht in der Implementation von Bundespolitik“. Vgl. *Andreas Auer* Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse, ZSR 1984 II, 1 (37 f.); *Blaise Knapp* Le fédéralisme, ZSR 1984 II, 275 (424); *Dietrich Schindler jun.* Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in

3. *Was bedeutet Demokratie: monistische oder plurale Legitimationsquelle(n)?*

Hinter den beschriebenen Unterschieden in der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung stehen aber nicht nur unterschiedliche Vorstellungen von Föderalismus, sondern auch unterschiedliche Konzepte demokratischer Legitimation. Während in Deutschland offene Bundesnormen vor allem der Einzelfall- und Situationsgerechtigkeit dienen, besteht in der Schweiz mehr Raum für die politische Akzentsetzung auf der Vollzugsebene. Dahinter steht für Deutschland ein Konzept, das dem Parlament als Vertretung des Volkes eine Schlüsselrolle bei der Vermittlung demokratischer Legitimation zuweist.[110] Als zentrale Bausteine wirken dabei das parlamentarische Gesetz und die parlamentarische Verantwortung der Regierung.[111] Mit der Verabschiedung eines Bundesgesetzes und allfällig ausführender Verordnungen der Gubernative endet der Prozess parteipolitischer Einflussnahme und der Vollzug ist einer Verwaltung übertragen, die sich als neutrale Gewalt („pouvoir neutre") und damit als sachverständig-vorausschauende Hüterin der Rechtsordnung und des Gemeinwohls versteht.[112] Auch die Justiz ist geprägt vom *Weber*schen Bürokratiemodell als in erster Linie nach fachlichen Qualifikationen bestelltes Staatsorgan, das seine demokratische Legitimation aus der Sachbindung an das Gesetz bezieht.[113] Das demokratisch legitimierte Bundesgesetz soll – um nochmals *Treitschkes* Polemik aufzugreifen – weder durch Partikularinteressen der Länderbürokratien, noch durch politische Vorstellungen der lokalen Bevölkerung an seiner Verwirklichung gehindert werden. Die demokratische Referenzgröße

---

Deutschland, Österreich und der Schweiz, VVDStRL 55 (1994), 71 (77). Vgl. auch *Peter Saladin* Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 1984 II, 431 (561 f.).

[110] *Peter Badura* Die parlamentarische Demokratie, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 25 Rn. 3 f., 34 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 26; *Matthias Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 170.

[111] Vgl. *Dreier* Hierarchische Verwaltung (Fn. 96), 305; *Jestaedt* Demokratieprinzip (Fn. 110), 335 ff.; *Franz Reimer* Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn.10, 12; *Hans-Heinrich Trute* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: ebd., § 6 Rn. 11. Vgl. auch *Eckhard Pache* Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 106 (138).

[112] Vgl. Art. 33 Abs. 4 und 5 GG sowie BVerfGE vom 24.4.2018, 2 BvL 10/16, Rn. 35, 69; *Otto Depenheuer* Das öffentliche Amt, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 36 insb. Rn. 64; *Dreier* Hierarchische Verwaltung (Fn. 96), 143 ff.; *Jestaedt* Demokratieprinzip (Fn. 110), 294 f., 33, 195, 366 f., 603. Rechtsvergleichend *Peter M. Huber* Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, in: IPE V, 2014, § 73 Rn. 85 ff.

[113] *Böckenförde* Demokratie (Fn. 110), § 24 Rn. 24; *Axel Tschentscher* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2005, 182 ff.

„Volk“ bezieht sich nach vorherrschendem Verständnis in erster Linie auf das „deutsche“ Volk – ob es daneben auch „Ländervölker“ gibt, ist zumindest umstritten.[114]

Demgegenüber erscheint in der Schweiz gerade die genossenschaftlich-lokale Selbstverwaltung als Prototyp demokratischer Legitimation. Das kleinräumige, sich selbst verwaltende Gemeinwesen ist – in den Worten von *Treitschkes* Zeitgenosse[115] *Jacob Burckhardt* (1818–1897) – „ein Fleck auf der Erde, wo die größtmögliche Quote der Staatsangehörigen Bürger im vollen Sinne sind.“[116] Spätestens seit den 1860er-Jahren schöpfte die Verwaltung in den Schweizer Kantonen und Gemeinden ihre Legitimation aus einem identitären Selbstverwaltungsideal: Öffentliche Ämter stehen allen Bürgern gleichermaßen offen und werden von diesen auf beschränkte Amtsdauer und im Nebenamt ausgeübt.[117] Überspitzt könnte man die Eidgenossenschaft als pluralistisches Konglomerat von Selbsthilfeorganisationen bezeichnen,[118] während in der Bundesrepublik das Demokratieprinzip

---

[114] Vgl. *Hesse* Bundesstaat (Fn. 88), 32; *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 61 f.; *Kadelbach* Autonomie und Bindung (Fn. 6), 14; *Carl Schmitt* Verfassungslehre, 1928, 389. Differenzierend *Rolf Grawert* Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 16 Rn. 33 f.; *Jestaedt* Demokratieprinzip (Fn. 110), 210 ff. Zur Ausstrahlung des deutschen Volksbegriffs auf den Föderalismus *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 384.

[115] Während *Treitschke* trotz seiner Herkunft aus einer sächsischen Beamten- und Offiziersfamilie betont deutschnational eingestellt war, blieb *Burckhardt* seiner Herkunft aus dem Patriziat der Basler Stadtrepublik treu. In diesem Punkt kreuzten sich denn auch ihre Lebensläufe: *Heinrich von Treitschke* wurde 1873 als Nachfolger *Leopold von Rankes* (1795–1886) an die Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin berufen, nachdem *Jacob Burckhardt* denselben Ruf ein Jahr zuvor abgelehnt, da „er sich als Basler an die hiesige Universität durch eine Ehrenpflicht gebunden fühle“ (*Fritz Kaphahn* Jacob Burckhardt und die Wiederbesetzung von Rankes Geschichtsprofessur an der Universität Berlin, Historische Zeitschrift 1943, 113 [121]).

[116] *Jacob Burckhardt* Staat und Kultur (undatiert, aus dem Nachlass), Eine Auswahl (hrsg. v. Hanno Helbling), 1972, 410.

[117] Vgl. *Dietrich Schindler sen.* Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie, Eine staatsrechtliche Studie, 1921, 64 („Die Gleichheitsidee bewirkt eine besondere Stellung der Beamten in der Demokratie. Denn es gilt nicht nur jeder für befähigt zur Ausübung der allgemeinen staatsbürgerlichen Rechte, sondern auch zur Bekleidung von Beamtenstellen.“). Zum schweizerischen Demokratieverständnis des „citoyen concerné“ *Auer* démocratie suisse (Fn. 109), 83; *Pierre Moor* Abstentionnisme et groupes de pression: réflexion sur la structure du pouvoir étatique, in: Georg Müller/René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Luzius Wildhaber (Hrsg.) FS Kurt Eichenberger, 1982, 413 (414). Zur „Demokratie des Engagements“ *Peter Saladin* Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, 65, 180 ff. Vgl. Auch *René A. Rhinow* Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 1984 II, 111 (166, 179).

[118] *Christian Brückner* Das Schweizerische im Schweizer Recht, Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 2007, 153 (155). Differenzierter *Richard Bäumlin*, der in der Demokrati-

eine „legitimationsmonistische und legitimationshierarchische Ordnung“[119] darstellt.[120] Das Gesetz muss daher in der Schweiz auch Raum lassen für eine Umsetzung durch demokratisch legitimierte Organe und stößt an eine „demokratische Obergrenze der zulässigen Bestimmtheit“[121]. Offene Normen im Bundesrecht sind auch „Platzhalter für zeitlich hinausgeschobene Argumentationen von gesetzgeberischer Qualität“[122] auf der kantonalen oder kommunalen Ebene.[123] Paradigmatisch hierfür steht das schweizerische Zivilgesetzbuch, das den Zweck verfolgte, unterschiedliche kantonalrechtliche Traditionen unter dem Dach des Bundesrechts zusammenzuführen.[124] Mit den vergleichsweise offenen Normen und den ausdrücklichen Verweisen auf den „Ortsgebrauch“ sollte Raum für die „freie […] Entfaltung verschiedener Anschauungen und Bedürfnisse“ in den Kantonen erhalten bleiben.[125] Die föderalistischen Rücksichtnahmen des Gesetzes stechen besonders heraus, wenn man das ZGB von 1912 dem türkischen Zivilgesetzbuch von 1926 gegenüberstellt. Die Türkei hatte die Schweizer Kodifikation mit nur geringfügigen Änderungen übernommen. Zu diesen wenigen Anpassungen gehörte aber die Entfernung des Traditionsanschlusses an die „bewährte Überlieferung“ (Art. 1 Abs. 3 CH-ZGB) sowie die Beseitigung aller Bestimmungen, die als Ermunterung zu einer regional

---

sierung eine „antizentralistische und antibürokratische Strategie“ erblickt, die „eine reich strukturierte Gesellschaft voraus[setzt], in deren Teilbereichen je besondere Betroffenheit mit je besonderer Kompetenz verbunden ist.“ (Lebendige oder gebändigte Demokratie: Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision, 1978, 55).

[119] *Jestaedt* Demokratieprinzip (Fn. 110), 601.

[120] Klassisch die (freilich idealtypisch zugespitzte) Gegenüberstellung des deutschen Beamtenstaats und der schweizerischen Selbstverwaltung bei *Fleiner* Beamtenstaat und Volksstaat (Fn. 79). Vgl. auch *Adolf Julius Merkl* Die gedanklichen Grundlagen der Forderung einer demokratischen Verwaltung (1920), in: ders. Gesammelte Schriften III/1, Berlin 2006, 77 (81).

[121] *Pierre Tschannen* Stimmrecht und politische Verständigung, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, 1995, Rn. 784.

[122] *Tschannen* Stimmrecht (Fn. 121), Rn. 785. Vgl. aus politologischer Sicht *Peter Knoepfel* Regulative Politik in föderativen Staaten – das Beispiel der Umweltpolitik, in: Benz/Lehmbruch (Hrsg.) Föderalismus (Fn. 14), 306 (316).

[123] Föderalismus ermöglicht so die direkte Selbst- und Mitbestimmung durch die Stimmberechtigten: *Rainer J. Schweizer/Lucien Müller* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 54), Vorbemerkungen zu Art. 42–135 Rn. 5.

[124] *Susan Emmenegger/Axel Tschentscher* in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.) Berner Kommentar I/1, 2012, Art. 1 ZGB Rn. 20.

[125] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit vom 28.11.1896, Bundesblatt (BBl) 1896 IV 733 (762). Verfasser des Textes war *Eugen Huber* (vgl. *Sibylle Hofer* Wieder einmal gelesen: Eugen Hubers Botschaft vom 28. November 1896, ZBJV 2016, 687 [687 ff.]).

vielfältigen Umsetzung hätten interpretiert werden können.[126] Denn dies war nicht im Sinn des mit der Vergangenheit radikal brechenden und nationalistisch ausgerichteten Kemalismus.[127]

Die gestalterische oder auch „mikropolitische" Dimension der Rechtsanwendung zeigt sich in der Schweiz auch in einer stärkeren politischen Färbung der Verwaltung, einer dezidierten Abneigung gegen bürokratische Verwaltungsformen[128] und der direkten Volkswahl von Behördenmitgliedern auf Kantons- und Gemeindeebene.[129] Die starke Politisierung der Justiz führt gerade aus der europäischen Außenperspektive regelmäßig zu Irritationen:[130] Richterinnen und Richter werden in der Schweiz vom Volk oder Parlament periodisch wiedergewählt und die Parteizugehörigkeit ist bei der Wahl ein entscheidendes Auswahlkriterium.[131] Das Bundesrecht kann man vor diesem Hintergrund auch als makropolitische Leitplanke kantonaler und kommunaler Mikropolitiken verstehen.[132]

---

[126] Der Verweis auf den Ortsgebrauch (Art. 5) sowie der Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechts wurden gestrichen (*Fatma Zencirkiran* danke ich herzlich für die Übersetzungshilfe). Vgl. *Yeşim M. Atamer* Rezeption und Weiterentwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei, RabelsZ 2008, 723 (733 f.).

[127] Vgl. *Atamer* Rezeption (Fn. 126), 734; *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 77), § 2 Rn. 24; *Konrad Zweigert/Hein Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, 176.

[128] *Jakob Dubs* Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 1878, I, 126 („Die Demokratie kann wie keinen Beamtenstand, auch keine Beamtenhierarchie brauchen […]"), II, 255 („Die ganze Bundesorganisation bringt es mit sich, dass die Bundesbeamten dem Volke fast durchgängig fern stehen. Deshalb haben sie die natürliche Tendenz sich bureaukratisch zu entwickeln […]."); *Fleiner* Bundesstaatsrecht (Fn. 35), 762 („Jede Bureaukratie ist undemokratisch, nicht nur als Organisationsform, sondern auch dem ganzen in ihr herrschenden Geiste nach.").

[129] Zur schweizerischen Kombination von Politisierung der Gesellschaft und bürokratiefeindlichem Antietatismus *Neidhart* Bedingungen (Fn. 87), 122.

[130] Vgl. die Kritik der *Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO)* Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs, GrecoEval 4Rep (2016) 5, 2017, Rn. 99. Aus deutscher Sicht kritisch *Tschentscher* Demokratische Legitimation (Fn. 113), 272, 278. Differenzierend *Regina Kiener* Richterliche Unabhängigkeit, 2001, 270 ff. Zum positiven Effekt von Volkswahlen auf die Akzeptanz der Justiz in der Bevölkerung *Christof Schwenkel* Der Einfluss kantonaler Justizsysteme auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte, 2016, Rn. 325.

[131] Vgl. *Kiener* Unabhängigkeit (Fn. 130), 267 ff.; *Tschentscher* Demokratische Legitimation (Fn. 113), 273 ff.

[132] *Max Imboden* Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus (1955), in: ders. Staat und Recht (Fn. 30), 175 (182): „Der Bund möge um des Ganzen willen die großen Richtlinien der staatlichen Aktivität bestimmen; die konkreten Gestaltungsaufgaben, das unmittelbare Handeln und Helfen, das sichtbare Schaffen und Fördern habe er seinen Gliedern, den innerstaatlichen Kollektivitäten, zu belassen." Vgl. *Knapp* Le fédéralisme (Fn. 109), 396, 424. Zur Unterscheidung zwischen Makro- und Mikropolitik im

4. *Was bedeutet Rechtsgleichheit: Gleichheit „vor dem Gesetz" oder „Gleichheit vor dem Hoheitsträger"?*

Damit zur dritten Frage: Was bedeutet Rechtsgleichheit? Die klassischen Rechtsgleichheitsgebote im deutschen, österreichischen und schweizerischen Verfassungsrecht statuieren die Gleichheit „vor dem Gesetz"[133]. Der Wortlaut verlangt somit eine Gleichbehandlung vor dem Gesetz in seinem jeweiligen Anwendungsbereich, bei einem Bundesgesetz somit bundesweit. Die Praxis ist indes – wie gesehen – eine andere, der Gleichheitssatz wird bundesstaatlich fragmentiert.[134] Im Grundsatz ist es sinnvoll, auf diese Weise einen harmonisierenden Ausgleich zwischen Rechtsgleichheit und föderalem Aufgabenvollzug herzustellen.[135] Ein Überdehnen der Rechtsgleichheit birgt einerseits die Gefahr, die Organisations- und Verfahrensautonomie der Länder und Kantone auszuhöhlen.[136] Dies gilt umso mehr,

---

Normkonkretisierungsprozess *Pierre Moor* Pour une théorie micropolitique du droit, 2005, 53. *Ders*. Dynamique du système juridique: Une théorie générale du droit, 2010, 299 f.

[133] Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 7 Abs. 1 B-VG; Art. 8 Abs. 1 BV. Zu den rechtlichen Vorbildern dieser Formulierung *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 19 ff. Zur „Gleichheit vor Gott" (vgl. Römer 2, 11) als christlichem (insb. calvinistischem) Vorbild: *Kaufmann* Gleichheit (Fn. 22), 4 f.; *Hans Nawiasky* Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1926), 25 (29); *John Witte Jr.* Die Reformation der Rechte – Recht, Religion und Menschenrechte im frühen Calvinismus, 2015, 31, 331.

[134] Vgl. die Hinweise in Fn. 80.

[135] Zur harmonisierenden Verfassungsauslegung bereits *Fritz Fleiner* Schweizerisches Bundesstaatsrecht 1923, 758: „Aus dem öffentlichen Recht jedes Landes ragen oberste leitende Vorstellungen seines Volkes hervor, nach denen wir den Charakter dieses Staates bestimmen. Aber nicht ein einziges Prinzip wird bis zu den letzten Konsequenzen durchgeführt. Andere Grundsätze treten ihm in den Weg, welche abweichende, gleichwertige Interessen schützen wollen. Erst in der tieferen Betrachtung enthüllt sich eine Harmonie, so wie wir an der Führung der Linien, der Gliederung der Räume und dem Schmuck der Ornamente den einheitlichen Stil eines Gebäudes erkennen." Zur „praktischen Konkordanz" bei der Verfassungsinterpretation *Richard Bäumlin* Staat, Recht und Geschichte, 1961, 30; *Konrad Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72. Hierzu *Andreas Fischer-Lescano* Kritik der praktischen Konkordanz, Kritische Justiz 2008, 166.

[136] Zu den organisatorischen Grundentscheidungen als „Hausgut" der Länder BVerfGE 34, 9 (19 f.); *Jestaedt* Bundesstaat (Fn. 6), § 29 Rn. 65; *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 569. Für die Schweiz ist die Organisationsautonomie der Kantone in Art. 47 Abs. 2 BV verankert und bei der Umsetzung von Bundesrecht ist nach Art. 46 Abs. 3 BV zu beachten, dass der Bund den Kantonen „möglichst grosse Gestaltungsfreiheit [belässt] und […] den kantonalen Besonderheiten Rechnung" trägt. Hierzu *Egli* in: Kommentar BV (Fn. 107), Art. 46 Rn. 28; *Yvo Hangartner* Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV), ZSR 2012 I, 145 (154 f.); *Bernhard Waldmann/Emanuel Borter* Kommentar (Fn. 54), Art. 46 Rn. 43 ff. Vgl. auch *Vincent Martenet* L'autonomie constitutionelle des cantons 1999, 290 ff. Noch zur Bundesverfassung von 1874 *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 54; *Schweizer* Rechtssetzungsprobleme (Fn. 107), 7 f., 11 f.

wenn den Gliedstaaten wie in der Schweiz auch eine gestaltend-politische Komponente bei der Konkretisierung bundesrechtlicher Normen zugestanden wird. Andererseits scheint eine generell-abstrakte Harmonisierungs-„Regel“, die den Gleichheitssatz föderalistisch tabuisiert, in ihrer Pauschalität ebenso fragwürdig.[137] Als Orientierung für einen differenzierenden Lösungsansatz könnten hier die mit Blick auf die Rechtsetzung entwickelten abgestuften Anforderungen an den Gleichheitssatz dienen. Demnach hängt das Maß der Bindung an das Gleichheitsgebot auch davon ab, wie sehr die Betroffenen in der Lage sind, eine ungleiche Behandlung durch ihr eigenes Verhalten zu steuern. Sodann ist entscheidend, wie nachteilig sich die Ungleichbehandlung auf die Rechtsposition einer Person auswirkt.[138] In aller Regel haben Individuen im Bundesstaat zumindest theoretisch die Möglichkeit, einer ihnen nicht genehmen Umsetzungspraxis in ein anderes Bundesland oder einen anderen Kanton auszuweichen. Bei einem kompetitiven Föderalismusmodell kann dies als „shopping for law“ oder „voting by feet“ sogar ein erwünschtes Wettbewerbselement sein.[139] Aus Sicht der Einzelperson wird eine unterschiedliche Vollzugslandschaft aber spätestens dann unerträglich, wenn sie dieser Heterogenität ohne Einflussmöglichkeiten ausgeliefert und zugleich in elementaren Rechtsgütern betroffen ist. Ein Extrembeispiel ist der Entscheid, mit dem Asylsuchende einem bestimmten Bundesland oder einem Kanton zugewiesen werden. Diesen Entscheid können die Betroffenen kaum beeinflussen.[140] Dennoch kann die Zuweisung für sie weitreichende Konsequenzen haben. Zwar entscheidet über die

---

[137] *Uwe Kischel* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) BeckOK GG (26. Ed. 2015), Art. 3 Rn. 103; *Puhl* Gleichheit (Fn. 42), 70; für die Schweiz *Biaggini* in: Kommentar BV (Fn. 80), Art. 8 Rn. 15; *Max Imboden/René A. Rhinow* Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 6. Aufl. 1986, 432. Vgl. auch *Wyttenbach* Umsetzung (Fn. 85), 566 f.

[138] *Kirchhof* Allgemeiner Gleichheitssatz, in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 204 f.; *Kube* Rechtliche Gleichheit (Fn. 81), 28; *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck Kommentar (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 143 f, 146 ff. Vgl. auch *Georg Müller* Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), 37 (48); *Müller/Schefer* Grundrechte (Fn. 80), 662 ff.; *Waldmann* in: Basler Kommentar (Fn. 54), Art. 8 Rn. 36 f.

[139] *Albert O. Hirschmann* Exit, voice and loyalty, 1970. Vgl. auch *Boysen* Gleichheit (Fn. 6), 48 f.; *Resnik* Accommodations (Fn. 83), 217 ff.

[140] In Deutschland wie der Schweiz erfolgt eine Zuteilung auf die Länder bzw. Kantone nach einem Verteilschlüssel, der auf individuelle Bedürfnisse – vorbehältlich Familienzusammenführung – keine Rücksicht nimmt. In Deutschland bedarf die Zuweisungsentscheidung „keiner Begründung“, und auch „einer Anhörung des Ausländers bedarf es nicht“ (§ 50 Abs. 4 des Asylgesetzes [AsylG] in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.9.2008 [BGBl. I 1798]). Hierzu *Riedel/Schneider* Dezentraler Asylvollzug (Fn. 70), 43. In der Schweiz kann der Zuweisungsentscheid auf einen Kanton einzig dann gerichtlich angefochten werden, wenn geltend gemacht wird, dieser „verletze den Grundsatz der Einheit der Familie“ (Art. 27 Abs. 3 Asylgesetz [AsylG] vom 26.6.1998 [SR 142.31; Stand 1.1.2018]). Hierzu kritisch *Peter Uebersax/Alberto Achermann* Bund und Kantone im Aus-

Gewährung von Asyl in der Schweiz eine örtlich konzentrierte Bundesbehörde, doch die Umsetzung der Entscheide liegt in der Vollzugskompetenz der Kantone. Dies hat konkret spürbare Auswirkungen, von der Art der Unterbringung, der Zulassung zum Arbeitsmarkt bis hin zur Frage, ob ein negativer Asylentscheid mittels Wegweisung überhaupt vollzogen wird.[141] Die Zuweisung zu einem Kanton wird damit zu einem aleatorischen Entscheid über elementare Rechtspositionen.[142] Eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Harmonisierung verlangt in solchen Fällen, dass die ansonsten durchaus legitimen Gründe für einen uneinheitlichen Vollzug zurückstehen müssen.[143]

IV. Konsequenzen: Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung von Einheit in der Vielfalt

Einheitliche Normen sind in allen föderalen Gebilden ein wichtiges Instrument zur Herstellung von Rechtsgleichheit. Um dieser Funktion gerecht zu werden, verlangt die Rechtsgleichheit ein Mindestmaß an normativer Bestimmtheit – insofern ergänzen sich Gleichheitsgebot und Legalitätsprinzip.[144] Das Gleichheitsgebot fordert zugleich aber auch Freiräume für die Rechtsanwender, die es ihnen erlauben, eine situationsgerechte Ant-

---

länderrecht, in: Alberto Achermann et al. (Hrsg.) Jahrbuch für Migrationsrecht, 2018, 3 (36 f.).

[141] Für Deutschland *Riedel/Schneider* Dezentraler Asylvollzug (Fn. 70), 26; *Hannes Schammann* Wenn Variationen den Alltag bestimmen. Unterschiede lokaler Politikgestaltung in der Leistungsgewährung für Asylsuchende, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 2015, 161 (172 ff.). Für die Schweiz *Parlamentarische Verwaltungskontrolle* Administrativhaft im Asylbereich, Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, 2018, 28 ff.; *Markus Spörndli/Thomas Holzer/Gerald Schneider* Diener dreier Herren? Kantonalbehörden und die Vollzugsvielfalt der arbeitsmarktlichen Bestimmungen im schweizerischen Asylrecht, Swiss Political Science Review 1998, 53 (53 ff.); *Uebersax/Achermann* Ausländerrecht (Fn. 140), 36 f; *Valerie Zaslawski* Westschweiz ist bei Wegweisungen lascher, NZZ vom 28.7.2018, 13. Vgl. die teilweise auf älteren Daten beruhende Studie von *Thomas Holzer/Gerald Schneider* Asylpolitik auf Abwegen, Nationalstaatliche und europäische Reaktionen auf die Globalisierung und Flüchtlingsströme, 2002, 159 ff.

[142] Vgl. *Belser* Das föderalistische Migrationsrecht (Fn. 70) 132; *Uebersax/Achermann* Ausländerrecht (Fn. 140), 37. Vgl. auch *Wyttenbach* Umsetzung (Fn. 85), 563.

[143] Die Aufgabe der bundesweiten Vereinheitlichung trifft dabei in erster Linie die Legislativ- und Exekutivorgane des Bundes im Rahmen ihrer Aufsichtskompetenzen. Die Justiz kann solche Disparitäten feststellen, stößt aber sowohl bei der Feststellung wie bei der Korrektur unterschiedlicher Vollzugspraktiken an funktionale Grenzen: *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 203 ff., 221 ff., 324 ff.

[144] *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 766 f.

wort auf den Einzelfall in je verschiedenen räumlichen Kontexten zu finden. Die normative Verdichtung stößt dort an Grenzen, wo neue Ungleichheiten durch Schematisierungen erzeugt werden. Wie weit die normative Offenheit auch dazu dienen soll, den Vollzugsorganen einer anderen Ebene politisch-wertende Gestaltungskompetenzen zu übertragen, ist ganz entscheidend eine Frage des jeweiligen Föderalismus- und Demokratieverständnisses. Pauschale und uniforme Antworten zum Ausmaß der rechtlich zulässigen oder gebotenen normativen Offenheit sind daher kaum möglich. In vergleichsweise heterogenen Strukturen wie der Europäischen Union oder der Schweiz kann die Offenheit oder Mehrdeutigkeit von Normen und ihre variable Umsetzung Ausdruck eines sinnvollen politischen Arrangements sein.[145] Es ist ein Arrangement, das die Rechtsvereinheitlichung im größeren Rechtsraum verbindet mit einer vielfältig-konkretisierenden Umsetzung in kleineren Rechtsräumen.[146] Dies verlangt von allen Beteiligten ein gewisses Maß an „Ambiguitätstoleranz" und somit die Bereitschaft, offenen Normen und ihrer vielfältigen Umsetzung mit Verständnis zu begegnen.[147] Besteht in einem Rechtsraum hingegen der Wunsch nach maximaler normativer Bestimmtheit und homogener Rechtsanwendung, dann stößt ein solcher Ansatz auf Unverständnis.[148]

---

[145] Für die Europäische Union: *Nicholas W. Barber* Legal Pluralism and the European Union, ELJ 2006, 306 (316: „Inconsistent rules may reflect a compromise at the political level, and the institutions of the constitution ought to preserve this ambiguity, and the underlying compromise, rather than attempting to resolve it."; 328: „a tacit agreement to disagree"). Vgl. auch *Harlow* Voices of Difference (Fn. 78), 222 ff. Für die Schweiz *Braun* Föderalismus (Fn. 91), 79; *Vatter* Das politische System (Fn. 96), 467 ff.

[146] Vgl. *Knoepfel* Regulative Politik (Fn. 122), 316; *Mayntz* Föderalismus (Fn. 69), 238: „Die relativ weitgehende institutionelle Separierung dieser Aufgaben [Gesetzgebung und Gesetzesdurchführung], die nicht selten als problematisch beurteilt wird, erlaubt eine fruchtbare Kombination von prinzipiengelenkter Langfristplanung und situationsbezogenem Pragmatismus." Vgl. auch *Vincent Martenet* Architecture des pouvoirs, Enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies, 2016, 277.

[147] Der Begriff geht zurück auf *Else Frenkel-Brunswik* (Intolerance of Ambiguity as an Emotional and Perceptual Personality Variable, Personality 1949, 108 [115]), die den Begriff mit Blick auf Kinder und deren Fähigkeit prägte, sich von schematischem Schwarz-Weiss-Denken zu lösen. Für den föderalen Kontext *Klaus von Beyme* Föderalismus und regionales Bewusstsein, Ein internationaler Vergleich, 2007, 95. Vgl. auch *Pierre Legrand* Public Law, Europeanisation, and Convergence: Can Comparatists Contribute?, in: Paul Beaumont/Carole Lyons/Neil Walker (Hrsg.) Convergence and Divergence in European Public Law, 2002, 225 (253 f.).

[148] Zur Forderung nach maximaler Bestimmtheit im deutschen Recht *Hans-Jürgen Papier/Johannes Möller* Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 1997, 177 (196 ff.). Vgl. auch *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 224 ff. Differenzierend demgegenüber *Reimer* Parlamentsgesetz (Fn. 111), § 9 Rn. 61 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 75), 194 ff.; *Hinnerk Wissmann* Generalklauseln, Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen, 2008, 179 ff. Zum erhöhten Legitimati-

Föderale Strukturen sind und bleiben somit eine „‚offene Flanke' der Gleichheit", hierin ist *Günter Dürig* zuzustimmen. Auch wenn seine Metapher aus helvetischer Sicht etwas zu martialisch und negativ gefärbt ist. Ob, wie weit und zu welchem Preis diese Flanke geschlossen werden soll, ist in erster Linie eine Frage, die von den politischen Organen und somit vom Verfassung- und Gesetzgeber bereichsspezifisch beantwortet werden muss. Das wohl wichtigste Steuerungsmittel bleibt dabei der Grundentscheid, ob Bundesnormen zentral durch den Bund selber oder durch die Bundesländer und Kantone vollzogen werden sollen. Diese Frage beantworten in Deutschland und Österreich die Verfassungen, in der Schweiz liegt der Entscheid faktisch beim Bundesgesetzgeber.[149] Der Gesetzgeber wiederum hat es in der Hand, mittels offener oder bestimmter materieller Normen den Vollzug zu vereinheitlichen.[150] Soll etwa eine einheitliche Praxis bei der Strafverfolgung „geringfügiger" Mengen von Cannabis sichergestellt werden, kann eine exakte Menge im Gesetz selber definiert werden, so wie es das Parlament 2012 in der Schweiz getan hat, weil es die uneinheitliche Rechtsanwendung unter „dem Gesichtspunkt [...] der Rechtsgleichheit" als „unbefriedigend" einstufte.[151] Die Vereinheitlichung generell-abstrakter Normen reicht indes alleine nicht, um einen homogenen Vollzug sicherzustellen. So ist die Strafverfolgungspraxis der Kantone immer noch uneinheitlich, da die Definition des „Eigengebrauchs" weiterhin Interpretationsspielräume offen lässt und die Staatsanwaltschaften und Polizeikräfte vor Ort unterschiedliche Prioritäten setzen.[152] Dem ließe sich nur mit einem strengen Aufsichtsregime des Bundes begegnen. Schließ-

---

onsdruck auf heterogene Strukturen in vergleichsweise homogenen Bundesstaaten wie Deutschland und Österreich *Bußjäger* Föderale Systeme (Fn. 45), 144.

[149] In Deutschland wie der Schweiz ist der Vollzug von Bundesrecht durch die Länder und Kantone als Regel- oder Residualkompetenz in der Verfassung selber statuiert (Art. 83 GG und Art. 46 Abs. 1 BV). Während in Deutschland für abweichende Regelungen aber ein Verfassungsvorbehalt besteht, kann in der Schweiz der Bund den Vollzug durch Bundesgesetz oder (umstritten) Verordnung an sich ziehen (für Gesetzesvorbehalt *Biaggini* in: Kommentar BV [Fn. 80], Art. 46 Rn. 4; a.A. *Egli* in: Kommentar BV [Fn. 107], Art. 46 Rn. 17). Punktuell sieht die Bundesverfassung auch selber den Vollzug durch den Bund vor (z.B. Art. 99 BV betr. Geld- und Währungspolitik). In Österreich nehmen Art. 10 ff. B-VG eine detaillierte Zuweisung der Vollzugskompetenzen vor.

[150] *Boysen* Gleichheit (Fn. 6), 131.

[151] Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 2.9.2011 zur Parlamentarischen Initiative Betäubungsmittelgesetz (04.439), BBl 2011 8195 (8201).

[152] So die breit angelegte Untersuchung von *Frank Zobel/Cécile Homberg/Marc Marthaler* Les amendes d'ordre pour consommation de cannabis: Analyse de la mise en œuvre, 2017. Vgl. auch *Hug-Beeli* Betäubungsmittelgesetz (Fn. 60), Art. 19b Rn. 67. Für Deutschland lässt sich eine selektivere Strafverfolgung insb. in Großstädten nachweisen: *Schäfer/Paoli* Drogenkonsum (Fn. 60), 389 f.

lich macht das Beispiel der unterschiedlichen Rechtsanwendung innerhalb des deutschen BAMF deutlich, dass der einheitliche Vollzug selbst bei örtlich dekonzentrierten Außenstellen einer hierarchisch gegliederten Bundesbehörde eine Herausforderung darstellt. Eine möglichst homogene Praxis lässt sich nur mit einer starken normativen Verdichtung über Verwaltungsvorschriften erreichen und bedingt eine intensive Schulung der Mitarbeitenden sowie in letzter Konsequenz eine regelmäßige Versetzung des Dienstpersonals, um jede Identifikation mit der lokalen Bevölkerung zu unterbinden. Wollte man gar die Verwaltungen von Ländern und Kantonen flächendeckend zu einer uniformen Praxis anhalten, wäre dies nur mit Hilfe einer stark fühlbaren und alle Spitzen des alltäglichen Vollzugs massiv beschneidenden Aufsichtsbürokratie möglich. Diese Überlegungen zeigen: Vollkommene Rechtsangleichung hat einen hohen Preis, nicht nur finanziell, sondern regelmäßig auch für den Föderalismus.

Im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt spielen nicht nur Verfassungsgeber, Gesetzgeber, Regierung und Verwaltung eine Rolle, sondern auch die Justiz. Soll sie die „Hüterin der Rechtseinheit" sein? Gerichten kommt traditionell eine wichtige Schrittmacherfunktion bei der Rechtsangleichung zu, doch stoßen sie mit ihrem auf den Einzelfall bezogenen Fokus an Grenzen.[153] Wie etwa soll ein Justizorgan festlegen, welche Menge an Cannabis noch als „geringfügig" zu gelten hat, wenn die Praxis der Bundesländer hierzu nur teilweise bekannt ist und nicht absehbar ist, welche bundesweiten Konsequenzen die einseitige Festlegung eines Grenzwerts für den polizeilichen Alltag hat?[154] Hier kann die Justiz auf Ungleichheiten im Vollzug hinweisen und eine Angleichung durch andere Staatsgewalten anmahnen. Darüber hinaus kann sie punktuell dort korrigierend eingreifen, wo sie über die notwendigen Entscheidungsgrundlagen verfügt.[155] Selbst dort, wo dies der Fall ist, kann es aber angezeigt sein, dass die Gerichte ihre Prüfungsdichte reduzieren und den zu einer föderalen

---

[153] Vgl. *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 203 ff., 221 ff., 324 ff. Demgegenüber die Gerichte bei diesem Prozess als „Hauptakteure" betrachtend *Lohse* Rechtsanwendungsgleichheit (Fn. 64), 1126.

[154] Das Bundesverfassungsgericht wie das Bundesgericht trugen diesem Umstand in ihren Entscheiden Rechnung. BVerfGE 90, 145 (170): „Gesicherte Erkenntnisse zur Anwendung des § 31a BtMG, die auf eine dauerhaft unterschiedliche Handhabung auch dieser Vorschrift in den Ländern schließen ließen, liegen derzeit noch nicht vor."; BGE 124 IV 184 E. 2b (185 f.): „Angesichts des vom Gesetzgeber den rechtsanwendenden Behörden bewusst eingeräumten großen Ermessensspielraums greift das Bundesgericht hier nur mit Zurückhaltung ein, zumal derzeit noch wenig Zahlenmaterial aus den Kantonen zur Frage der Geringfügigkeit vorhanden ist.".

[155] Vgl. *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 324 ff.

Struktur verbundenen Einheiten ein „Subsidiaritätsermessen" belassen.[156] Es führt kein Weg daran vorbei: Das gebotene Maß an Vereinheitlichung oder Vielfalt muss in einem dialektischen Prozess zwischen verschiedenen Staatsgewalten auf je unterschiedlichen Ebenen ausgehandelt werden.[157] Die Spannung zwischen Einheit und Vielfalt lässt sich dabei nicht auflösen. Es ist vielmehr genau diese „Unruh", die das komplexe Räderwerk in föderal verbundenen Rechtsräumen am Laufen hält.[158]

---

[156] Vgl. *Edenharter* Grundrechtsschutz (Fn. 83), 989; *dies.* Auflösung von Jurisdiktionskonflikten durch eine Variierung der richterlichen Prüfungsdichte, Der Staat 2018, 227 (236 ff.); *Kleinlein* Federalisms (Fn. 83), 1169, 1173. Zum Begriff des „Subsidiaritätsermessens" *Schindler* Verwaltungsermessen (Fn. 57), Rn. 360 ff.

[157] Vgl. *Arnauld* Öffnung (Fn. 49), 84. Zum Föderalismus als dialektischem Prinzip *Imboden* Problematik (Fn. 132), 190; *Bernhard Ehrenzeller/Kaspar Ehrenzeller* „L'amour de la complexité" im Bundesstaat Schweiz, in: Anna Gamper/Peter Bußjäger/Ferdinand Karlhofer/Günter Pallaver/Walter Obwexer (Hrsg.) Föderale Kompetenzverteilung in Europa, 2016, 33 (34); *Saladin* Bund und Kantone (Fn. 109), 441; *Dietrich Schindler jun.* Schweizerischer und europäischer Föderalismus, ZBl 1992, 193 (195); *Schweizer/Müller* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 123), Vorbem. Art. 42–135 Rn. 4. Zur Prozesshaftigkeit des föderalistischen Gedankens *Andreas Auer* The constitutional scheme of federalism, Journal of European Public Policy, 2005, 419 (430).

[158] Vgl. *Denis de Rougemont* L'attitude fédéraliste, Revue économique et sociale: bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales 1947, 228 (234): „Lorsque les étrangers s'étonnent de l'extrême complication des institutions suisses, de cette espèce de mouvement d'horlogerie fine que composent nos rouages communaux, cantonaux, fédéraux, si diversement engrenés, il convient de leur montrer que cette complexité est la condition même de nos libertés. C'est grâce à elle que nos fonctionnaires sont constamment rappelés au concret, et que nos législateurs sont obligés de garder un contact attentif avec les réalités humaines et naturelles du pays.".

Leitsätze des 2. Referenten über:

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

I. Rückblick: Unitarisches Vorverständnis

1. Rechtspolitik: Nationalliberale Einheitsbewegung

(1) Bis heute begegnet die Deutsche Staatsrechtslehre den Themen Rechtseinheit und Rechtsgleichheit mit einem tief verwurzelten unitarischen Vorverständnis. Hierfür gibt es verschiedene Gründe. Einer davon ist der Umstand, dass die nationale Rechtseinheit und damit eng verknüpft die Rechtsgleichheit im größtmöglich denkbaren Wirkungsraum seit dem frühen 19. Jahrhundert Kernanliegen des liberalen Bürgertums waren.

2. Rechtswissenschaft: Vereinheitlichung durch Dogmatik

(2) Befördert wurde die unitarische Sichtweise der Rechtswissenschaft auch durch die verwaltungsrechtliche Dogmatik und ihre Suche nach allgemeinen und verbindenden Begriffen und Systemelementen, die über regionale wie nationale Grenzen hinweg vereinheitlichend wirkten. Eine ähnlich einheitsstiftende Kraft entfalteten die Grund- und Menschenrechte nach 1945.

3. Rechtspraxis: Institutionen als „Hüter der Rechtseinheit“

(3) Vor allem in Österreich und der Schweiz wurde die Rechtseinheit seit dem 19. Jahrhundert von Akteuren in Verwaltung und Justiz vorangetrieben: In Österreich übernahm früh die Bürokratie und seit 1876 der Verwaltungsgerichtshof eine wichtige Schrittmacherfunktion, in der Schweiz war es seit 1874 das Bundesgericht.

4. Rechtssprache: Subtile Prägungen durch Metaphorik und Begriffswahl

(4) Rechtswissenschaft wie Rechtspraxis verwenden Sprachbilder und Begriffe, die auf subtile Weise werten und eine unitarische Sichtweise fördern.

II. Standortbestimmung

1. Begriffliche und methodische Annäherung

a) Enge Verbindung von Rechtseinheit und Rechtsgleichheit

(5) Traditionell besteht ein enger Zusammenhang zwischen Rechtseinheit und Rechtsgleichheit. Einheitliches Recht impliziert Rechtsanwendung mit „gleichem Maß"; es verlangt in konsequenter Fortführung die gleiche Anwendung dieses Rechts durch dieselben zentralen Vollzugsorgane. Föderative Vollzugsstrukturen erscheinen vor diesem Hintergrund als „‚offene Flanke' der Gleichheit" (Günter Dürig). Damit ist der Bundesstaat kontinentaleuropäischer Prägung locus classicus der Spannungslage zwischen einheitlichen Rechtsnormen und ihrem uneinheitlichen, dezentralen Vollzug.

b) Mehrebenensysteme

(6) Klassische Bundesstaaten, aber auch andere über gemeinsame Normen verbundene Rechtsräume können als Mehrebenensysteme beschrieben werden. Der Begriff macht deutlich, dass hoheitliche Macht nicht bei einem Träger monopolisiert wird, sondern diese arbeitsteilig auf verschiedene Ebenen verteilt ist, wobei die jeweiligen Ebenen durch eigenständige Legitimationsverfahren Recht erzeugen. Der aus der Politikwissenschaft stammende Begriff des Mehrebenensystems dient der Komplexitätsreduktion, seine Bildhaftigkeit kann aber irreführend sein; die Verzahnungen und Verbindungen vollzugsföderalistischer Strukturen bringt er zu wenig zum Ausdruck.

c) Rechtsanwendungsgleichheit

(7) Rechtsanwendungsgleichheit verlangt, dass generell-abstrakte Rechtsnormen auf gleich gelagerte Einzelfälle gleich angewendet werden. Die Forderung nach Rechtsanwendungsgleichheit ist damit zu unterscheiden von der Bedeutung des Gleichheitssatzes für die Rechtsetzung. In föderal strukturierten Gemeinwesen kommt es indes oft zu Überlappungen, wenn die Anwendung von materiellem Recht der größeren Einheit im Rahmen des Verfahrens- und Organisationsrechts der kleineren Einheiten erfolgt.

d) Cannabis-Rechtsprechungen als Beispiel

(8) Die Spannungslage zwischen einheitlicher Norm und vielfältigem Vollzug (Leitsatz 5) lässt sich exemplarisch am Beispiel der Cannabis-

Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des schweizerischen Bundesgerichts zeigen. Die jeweiligen bundesrechtlichen Strafnormen zum Umgang mit Cannabis werden von den deutschen Ländern wie von den Schweizer Kantonen sehr unterschiedlich vollzogen. Das Bundesverfassungsgericht erblickt hierin ein Vollzugsdefizit und fordert eine „im wesentlichen einheitliche“ Praxis der Länder. Demgegenüber anerkennt das Bundesgericht, dass es für eine heterogene Umsetzung „gute Gründe“ geben könne.

e) Methodische Herausforderungen

(9) Die unterschiedlichen Cannabis-Urteile machen deutlich, dass eine weitgehend identische Rechtsfrage in unterschiedlichen Rechtsräumen ganz verschieden beantwortet werden kann. Verbindliche Aussagen, die vor Rechtsprechung und Rechtsdogmatik Bestand haben, lassen sich immer nur mit Blick auf ein ganz bestimmtes Mehrebenensystem machen und selbst dann sind Aussagen nur für eng umgrenzte Referenzgebiete möglich. Vorliegend soll daher ein Orientierungs- und Reflexionsrahmen skizziert werden, der in einem Vergleich klassischer Bundesstaaten Wertungsgesichtspunkte im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt aufzeigt.

2. Gründe für eine uneinheitliche Rechtsanwendungspraxis

a) Unterschiedlicher Problemdruck

(10) Fast in jedem größeren Rechtsraum besteht das Bedürfnis nach Anpassung einheitlicher Rechtsnormen an örtlich unterschiedliche Lebensrealitäten. Geographische und soziale Unterschiede erzeugen gegenüber den rechtsanwendenden Behörden „vor Ort“ einen unterschiedlichen Problemdruck. Dieser ungleiche Problemdruck ist zum einen Folge tatsächlicher und sozialwissenschaftlich quantifizierbarer Unterschiede. Er ist aber immer auch Spiegel kultureller Unterschiede und politischer Präferenzen.

b) Unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen

(11) Für viele föderale Strukturen ist charakteristisch, dass eine Vereinheitlichung in erster Linie über materielle Rechtsvorschriften erfolgt, das Verfahrens- und Organisationsrecht aber nicht oder nur punktuell angeglichen wird. Sollen das Verfahrens- und Organisationsrecht als Steuerungsressourcen ernst genommen werden, dann strahlen sie unvermeidlich auch auf die Rechtsanwendung aus und können Ursache für uneinheitliche Vollzugspraktiken sein. Heterogene Umsetzungen sind aber auch Folge unterschiedlicher Rechtstraditionen und Methodenverständnisse.

III. Orientierungs- und Reflexionsrahmen im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt

1. Tradierte dogmatische Einordnungen

(12) Wie sind unterschiedliche Vollzugspraktiken in föderalen Strukturen normativ zu bewerten? Die traditionelle Dogmatik bietet hierfür – stark vereinfacht dargestellt – drei Lösungsansätze an: Offen thematisiert wird die Problematik unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes, wobei dieser nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur Ungleichbehandlungen durch denselben Hoheitsträger erfasst, womit der Gleichheitssatz föderalistisch tabuisiert wird.

(13) Die verwaltungsrechtliche Perspektive ist demgegenüber „föderalismusblind", da sie auf die Suche nach der „richtigen" Anwendung der materiell-rechtlichen Bundesnormen fokussiert und kaum nach der Rechtsanwendungsebene fragt. Eine weit ausgreifende Ermessensfehlerlehre ermöglicht zudem eine intensive (bundes-)gerichtliche Kontrolle über die Vollzugspraxis von Bundesländern und Kantonen.

(14) Der dritte dogmatische Zugang erfolgt über die Grundrechte. Während nationale Gerichte zu einer unitarisierenden Rechtsprechung neigen, ist insbesondere beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine Reflexion über das Ausmaß einer einheitlichen oder unterschiedlichen Grundrechtsverwirklichung feststellbar, welche Ausdruck in der margin of appreciation-Doktrin findet.

(15) Zusätzliche normative Wertungsgesichtspunkte können einen Ansatz liefern, der bezogen auf das jeweilige Mehrebenensystem versucht, die dahinterliegenden Vorstellungen über Föderalismus, Demokratie und Rechtsgleichheit transparent zu machen.

2. Was bedeutet Föderalismus: pluralistische Konkurrenz oder solidarische Angleichung?

(16) Deutschland ist traditionell geprägt von einem unitarisch-solidarischen Verständnis von Bundesstaatlichkeit. Demgegenüber dominiert in der Schweiz die Semantik von der „Vielfalt in der Einheit". Das Verhältnis der Kantone und Gemeinden zueinander ist zudem von einem maßvollen Wettbewerb gekennzeichnet. Diese unterschiedlichen Grundverständnisse treten auch in den beiden Cannabis-Urteilen zu Tage.

(17) Föderale Strukturen unterscheiden sich zudem darin, wie weit die Gliedstaaten in den Prozess der Rechtsetzung auf Bundesebene eingebunden werden. In Deutschland sind die Mitwirkungsmöglichkeiten der Länderregierungen auf Bundesebene stark ausgebaut, während in der Schweiz

die Kantonsregierungen nicht in der gleichen Weise Veto-Spieler in der nationalen Politikformulierung sind. Dieser Umstand begünstigt eine Haltung der Kantone, die vom Bundesrecht belassenen Spielräume maximal auszureizen.

3. Was bedeutet Demokratie: monistische oder plurale Legitimationsquelle(n)?

(18) Die unterschiedliche Toleranz, mit der Rechtsordnungen einem uneinheitlichen Vollzug einheitlicher Normen begegnen, ist nicht nur Spiegel divergierender Föderalismusverständnisse, sondern ebenso Ausdruck abweichender Vorstellungen über demokratische Legitimation. In Deutschland sollen offene Bundesnormen vor allem die Einzelfall- und Situationsgerechtigkeit von Entscheidung ermöglichen. In der Schweiz dagegen besteht mehr Raum für die politische Akzentsetzung auf der kantonalen oder kommunalen Vollzugsebene.

(19) Dahinter steht für Deutschland ein Konzept, das dem Parlament als Vertretung des Volkes eine Schlüsselrolle bei der Vermittlung demokratischer Legitimation zuweist. Als zentrale Bausteine wirken dabei das parlamentarische Gesetz und die parlamentarische Verantwortung der Regierung. Mit der Verabschiedung eines Bundesgesetzes und allfällig ausführender Verordnungen der Gubernative endet der Prozess parteipolitischer Einflussnahme. Der Vollzug ist einer Verwaltung übertragen, die sich als politisch neutrale Hüterin der Rechtsordnung und des Gemeinwohls versteht. Auch die Justiz ist ein in erster Linie nach fachlichen Qualifikationen bestelltes Staatsorgan, das seine demokratische Legitimation aus der Sachbindung an das Gesetz bezieht.

(20) Demgegenüber erscheint in der Schweiz gerade die genossenschaftlich-lokale Selbstverwaltung als Prototyp demokratischer Legitimation. Das geschriebene Recht muss daher auch Raum lassen für eine Umsetzung durch demokratisch legitimierte Verwaltungs- und Justizorgane und stößt an eine demokratische Obergrenze der zulässigen Bestimmtheit. Das Bundesrecht erscheint vor diesem Hintergrund eher als makropolitische Leitplanke kantonaler und kommunaler Mikropolitiken.

4. Was bedeutet Rechtsgleichheit: Gleichheit „vor dem Gesetz“ oder „Gleichheit vor dem Hoheitsträger“?

(21) Die klassischen Rechtsgleichheitsgebote im deutschen, österreichischen und schweizerischen Verfassungsrecht statuieren die Gleichheit „vor dem Gesetz“. Der Wortlaut verlangt somit eine Gleichbehandlung vor dem Gesetz in seinem jeweiligen Anwendungsbereich, bei Bundesrecht somit

bundesweit. Die Praxis ist indes eine andere, der Gleichheitssatz wird bundesstaatlich fragmentiert (Leitsatz 12). Hierdurch kann ein harmonisierender Ausgleich zwischen Rechtsgleichheit und föderalem Aufgabenvollzug hergestellt werden.

(22) Eine generell-abstrakte Harmonisierungs-„Regel“, die den Gleichheitssatz föderalistisch tabuisiert, ist in ihrer Pauschalität aber fragwürdig. Als Orientierung für einen differenzierenden Lösungsansatz könnten die mit Blick auf die Rechtsetzung entwickelten abgestuften Anforderungen an den Gleichheitssatz dienen. Demnach hängt das Maß der Bindung an das Gleichheitsgebot auch davonab, wie sehr die Betroffenen in der Lage sind, eine ungleiche Behandlung durch ihr eigenes Verhalten zu steuern. Sodann ist entscheidend, wie nachteilig sich die Ungleichbehandlung auf die Rechtsposition einer Person auswirkt.

IV. Konsequenzen: Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung von Einheit in der Vielfalt

(23) Einheitliche Normen sind in föderalen Strukturen ein wichtiges Instrument zur Herstellung von Rechtsgleichheit. Das Gleichheitsgebot muss den Rechtsanwendern aber auch Freiräume zugestehen, die situationsgerechte Antworten in je verschiedenen räumlichen Kontexten ermöglichen. Wie weit die normative Offenheit auch dazu dienen soll, den Vollzugsorganen politisch-wertende Gestaltungskompetenzen zu übertragen, ist ganz entscheidend eine Frage des jeweiligen Föderalismus- und Demokratieverständnisses. In politisch und kulturell heterogenen Strukturen kann die Offenheit oder Mehrdeutigkeit von Normen und ihre variable Umsetzung Ausdruck eines sinnvollen politischen Arrangements sein. Es ist ein Arrangement, das die Rechtsvereinheitlichung im größeren Rechtsraum verbindet mit einer vielfältig-konkretisierenden Umsetzung in kleineren Rechtsräumen.

(24) Ob und wie weit die durch föderale Strukturen erzeugte „‚offene Flanke’ der Gleichheit“ geschlossen werden soll, ist eine Frage, die von den politischen Organen und somit vom Verfassung- und Gesetzgeber bereichsspezifisch beantwortet werden muss. Die Vereinheitlichung materiellen Rechts kann einen wichtigen Beitrag zu Rechtseinheit und Rechtsgleichheit leisten, ist für sich genommen aber kein Garant einer homogenen Vollzugspraxis. Eine konsequente Angleichung der Rechtsanwendung verlangt nach einem ganzen Bündel zusätzlicher Steuerungsmaßnahmen und hat einen hohen Preis, nicht nur finanziell, sondern auch für den Föderalismus.

(25) Der Justiz kommt traditionell eine wichtige Schrittmacherfunktion bei der Rechtsangleichung zu, doch stoßen ihre Organe mit ihrem auf den Einzelfall bezogenen Fokus an Grenzen. Gerichte können auf Ungleichheiten im Vollzug hinweisen und eine Angleichung durch andere Staatsgewalten anmahnen. Darüber hinaus können sie punktuell dort korrigierend eingreifen, wo sie über die notwendigen Entscheidungsgrundlagen verfügen. Selbst dort, wo dies der Fall ist, kann es aber angezeigt sein, dass Gerichte ihre Prüfungsdichte reduzieren und den zu einer föderalen Struktur verbundenen Einheiten ein „Subsidiaritätsermessen" belassen.

(26) Das gebotene Maß an Vereinheitlichung oder Vielfalt muss in einem dialektischen Prozess zwischen verschiedenen Staatsgewalten auf je unterschiedlichen Ebenen ausgehandelt werden. Die Spannung zwischen Einheit und Vielfalt lässt sich dabei nicht auflösen. Es ist vielmehr genau diese „Unruh", die das komplexe Räderwerk in föderal verbundenen Rechtsräumen am Laufen hält.

3. Aussprache und Schlussworte

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

Christian Waldhoff: Wir gliedern die Diskussion in vier Themenblöcke. Der erste Block beschäftigt sich mit Grundlagen und den eigentlichen föderalistischen Fragen. Der zweite Block betrifft die grundrechtsdogmatischen und rechtstheoretischen Implikationen der Fragestellung. Der dritte Block widmet sich den eher verwaltungspraktischen Dimensionen und der vierte Block bezieht die EU-Ebene ein.

Christoph Schönberger: Zunächst einmal danke ich beiden Referenten für zwei sehr schöne Referate, die sich ganz hervorragend ergänzt haben. Man hatte fast das Gefühl, dass Herr *Schindler* Herrn *Cremer* – und damit indirekt uns allen – einen schweizerischen Spiegel vorhält und uns aufmerksam macht auf häufig unbedachte Vorverständnisse im deutschen Föderalismus, die sich gerade in der Vollzugsproblematik sehr deutlich zeigen. Ich würde das die unitarische Ideologie des deutschen Föderalismus nennen. Herr *Schindler* hat auf einige Gründe dafür hingewiesen. Die deutsche Rechtswissenschaft ist traditionell sehr stark in diese unitarische Ideologie verstrickt, weil sie sich seit dem 19. Jahrhundert sehr stark verstanden hat als eine Wissenschaft, die ein gemeindeutsches Recht überhaupt erst hervorbringt. So ist etwa das „allgemeine" Verwaltungsrecht ja ursprünglich entstanden als allgemeines deutsches Verwaltungsrecht über preußisches oder sächsisches Recht hinweg. Dieses klassische deutsche Verständnis hat immer die Institutionen des Rechtsvollzugs weitgehend ausgeblendet, und die Rechtswissenschaft hat das bereitwillig mitgemacht, weil sie sich selbst an die Stelle dieser Institutionen gesetzt hat. Daraus folgt die traditionell fehlende Wahrnehmung für die eigenständige Bedeutung der Institutionen des dezentralen Vollzugs von Bundesrecht. Die Anfrage Herrn *Schindlers* an den deutschen Föderalismus ist doch: Kann der unterschiedliche Landesvollzug von Bundesrecht für uns eine eigenständige legitime Bedeutung haben, oder ist das eigentlich immer nur ein pathologischer Fall, der, wenn er wahrgenommen wird, alte unitarische Reflexe („Flickenteppich" u.ä.) aufruft und irgendwie überwunden gehört. Die Formel des Bundesverfassungsgerichts, man müsse einen im Wesentlichen einheitlichen Vollzug

von Bundesrecht garantieren, ist ganz stark durch diese unitarische deutsche Codierung geprägt. Herr *Schindler* hat uns am schweizerischen Beispiel vorgeführt, dass man die Vollzugsdivergenz auch anders verstehen kann, dass der dezentrale Vollzug durchaus auch bei der Interpretation von Normen auf lokale soziale Besonderheiten, möglicherweise auch politische Präferenzen in dem jeweiligen Land, reagieren kann. Und das ist für das Unionsrecht natürlich noch viel deutlicher der Fall. *Benjamin Schindler* hat ja mit Recht darauf hingewiesen, dass es „das" Unionsrecht eigentlich gar nicht gibt, sondern eine Vielfalt nationaler Unionsrechte, die im jeweiligen Mitgliedstaat kulturell und rechtskulturell besonders codiert sind. Und deswegen wäre die Frage, die ich eigentlich an beide Referenten richten würde: Können wir auch für das deutsche System eine eigenständige Legitimität der Vollzugsautonomie der Länder selbst bei der Interpretation von Normen finden? Lässt sich diese auch für das deutsche System denken oder wollen wir weiterhin sagen: Das können wir nicht ertragen, unsere Ambiguitätstoleranz in diesem Bereich liegt bei null. Vielen Dank.

Markus Kotzur: Herr *Schindler* hat in seiner Einleitung wunderbar entwicklungsgeschichtlich rekonstruiert, dass Rechtseinheit, gerade wenn man auf Deutschland, wenn man auf die Schweiz schaut, als Surrogat politischer Einheit diente. Diese Feststellung ist, glaube ich, auch sehr zutreffend für die Europäische Union, die ja mit den Worten ihres ersten Kommissionspräsidenten *Walter Hallstein* nichts anderes ist als eine Kreation, ein Geschöpf des Rechts. Die Deutung von Rechtseinheit als Surrogat für politische Einheit birgt natürlich die Gefahr, dass Rechtseinheit und damit auch Rechtsanwendungsgleichheit überhöht wird. Und ich habe beide Referate eigentlich als eine deutliche Warnung für diese Überhöhung verstanden, aus dogmatischen Gründen, aus sehr wirklichkeitsbewussten Gründen, und daraus würde ich gerne eine Frage ableiten: Ob Sie nach Ihrer Lesart gerade denjenigen, die sich als Hüter der Rechtseinheit verstehen, einen Ratschlag erteilen wollten, nämlich den Obergerichten, insbesondere dem Europäischen Gerichtshof. Herr *Schindler* sprach von einer Ambiguitätstoleranz und das könnte ja vielleicht etwas sein, was man gerade dem EuGH im Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten anraten könnte. Und ich habe auch ein bisschen herausgehört, dass für diese Ambiguitätstoleranz schon ein Maßstab entwickelt wurde. Je stärker die Grundrechtsbetroffenheit des Einzelnen ist und je weniger flexibel er sich dem konkreten Rechtsanwender entziehen kann, desto strenger müssen die Maßstäbe sein. Wenn die Betroffenheit nicht ganz so intensiv wirkt, dann kann man unter Umständen auch großzügiger sein. Vielleicht haben wir heute Nachmittag die Genese einer ganz neuen Margin of Appreciation-Doktrin erlebt. Da würde ich mich einfach auf Ihr Feedback freuen. Herzlichen Dank.

Christoph Möllers: Vielleicht ist das Diktum von *Erich Kaufmann*, dass Rechtsbindungs- und Rechtsanwendungsgleichheit ineinander aufgehen, ja gar nicht nur naiv. Es war naiv, soweit er zu einfache Vorstellungen davon hatte, wie man Gesetze ausgelegt. Aber man kann es heterogenitätsfreundlich deuten und sagen: Wenn das Recht Spielräume lässt und diese Spielräume föderal verschieden genutzt werden, warum brauchen wir dann noch einen zweiten Maßstab der Angleichung, der innerhalb dieser Spielräume einen Homogenisierungsdruck erzeugt? Was ist die Rechtfertigung dafür? Und wie *Christoph Schönberger* soeben feststellte, könnte man sagen, dass der Vortrag von *Wolfram Cremer* in gewisser Weise dadurch erklärt werden kann, dass er den historisch vergleichenden Beobachtungen von Herrn *Schindler* unterfällt und ein bisschen an der deutschen Krankheit zusätzlicher Homogenisierungsrechtfertigung leidet. Wenn man dann nochmal genauer hinguckt und sich Herrn *Cremers* Vortrag en détail betrachtet, dann entdeckt man interessanterweise, dass ganz unterschiedliche Rationalitäten hinter seinen Argumenten stecken. Und die Frage wäre dann: Wie verhalten sich diese Rationalitäten zueinander und gehen sie ineinander auf oder widersprechen sie sich? Einerseits hast Du gesagt, dass die Rechtsanwendungsgleichheit nicht so zu verstehen ist, dass sie eine einzelne Behörde an eine Verwaltungspraxis bindet, denn das würde dazu führen, dass die unmittelbare Rechtsbindung unterbrochen wird und jemand, der eine Entscheidung trifft, an die Entscheidung irgendeines Vorgängers gebunden ist. Das sei mit der Rechtsbindung selbst nicht zu vereinbaren. Dabei tritt natürlich die Perspektive des Betroffenen und des allgemeinen Gleichheitssatzes in den Hintergrund. Andererseits hast Du bei der Drei-Stufen-Theorie, die ja wirklich sehr elegant ist, mit Deiner Unterscheidung zwischen Substitution, Wettbewerb und Nichtinfizierung dann aber doch die Perspektive des Betroffenen eingenommen. Denn die Frage, ob hier Substitution oder Nichtinfizierung eine Rolle spielen kann, ist eine, die aus der Sicht der Behörde nicht relevant sein muss, die aber in der Tat für den Betroffenen Relevanz entfaltet, weil es mal ein knappes Gut zu verteilen gibt und mal nicht. Und dann hast Du drittens im Teil dazwischen, als es um die Frage ging, wie man eigentlich dieses in der Tat eigenartige Kriterium des Verbots eines im Wesentlichen gleichen Vollzugs rechtfertigt, auf die Begründung des Bundesverfassungsgerichts verwiesen und gesagt, naja, es ist ja so, dass die Gesetzgebungskompetenzen dem Zweck dienen, Vereinheitlichung zu schaffen. Das scheint mir eine ganz andere Rationalität zu sein, nämlich eine, die seltsamerweise von der Gesetzgebungskompetenz auf die Vollzugskompetenz schließt und so etwas wie eine überschießende Vollzugswirkung von Gesetzgebungskompetenzen postuliert. Diese Rationalität taucht dann auch am Ende beim Unionsrecht wieder auf, als Du mit dem Subsidiaritätsprinzip argumentiert hast und meintest, das Subsidiaritätsprin-

zip gebiete Einheitlichkeit, denn ansonsten müsste die Union ja alles gleich einheitlich legislativ regeln. Auch da würde ich nachfragen, warum eigentlich aus der Möglichkeit der Vielfalt des Vollzugs so etwas folgen soll, wenn eine Rechtsetzungskompetenz gegeben, aber nicht genutzt wird. Langer Rede, kurzer Sinn: Wir haben ganz verschiedene Rationalitäten für den Umgang mit Rechtsanwendungsgleichheit und wir haben vor allem zwei verschiedene Perspektiven, nämlich einmal die Perspektive des Hoheitsträgers und seiner Diversifizierung in föderalen Gebilden und andererseits die Perspektive des Adressaten und der Frage, was es für ihn bedeutet, wenn solche Diversität aktuell wird. Wie verhalten die beiden sich in Deinem Referat zueinander? Vielen Dank.

Veith Mehde: Bei beiden Referaten muss man den Eindruck gewinnen, der Vollzugsföderalismus sei die offene Flanke der Rechtseinheitlichkeit. Trotzdem sind wir uns, glaube ich, alle in diesem Raum einig, dass sowohl die Bundesrepublik Deutschland wie auch die EU auf dem Gedanken der Rechtsgemeinschaft fußen. Jetzt stellt sich also die Frage, ist sozusagen der Vollzugsföderalismus ein Unfall oder etwas, was dort nicht so richtig reinpasst, oder ist er ein gewissermaßen mitgedachter Aspekt, der dann doch noch eine gewisse Ungleichheit ermöglicht? Und da habe ich Zweifel, ob wir, wenn wir an Art. 3 in erster Linie anknüpfen, tatsächlich uns in den richtigen Bereichen der Verfassung bewegen. Mir kommt es vor allem darauf an, auf Art. 83 ff. einzugehen. Der Ausgangspunkt ist Art. 83: „die eigenen Angelegenheiten", die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten. Bedeutet „eigene Angelegenheiten": die Gesetze als hätte man sie selber verabschiedet als „eigene Angelegenheiten" oder aber als solche, die man eigenständig im Sinne von „selbständig" interpretieren darf? Ich hätte eine große Sympathie, das Grundgesetz so zu verstehen, dass die erste Variante zutrifft. Wenn man sich das gesamte Instrumentarium ansieht, das das Grundgesetz zur Verfügung stellt, dann ist das eigentlich ganz eindrucksvoll. Wenn man den Art. 84 ansieht, bei den „eigenen Angelegenheiten" wohlgemerkt, da gibt es eine Bundesaufsicht. Die Tatsache, dass die in der Praxis ganz offenkundig keine große Rolle spielt oder gar keine Rolle spielt, bedeutet nicht, dass sie im Grundgesetz nicht angelegt wäre. Das ist ganz offensichtlich ein Gedanke, der dahintersteckt. Es gibt eine sehr detaillierte Regelung dazu, die wir nur aus praktischen Gründen nicht gut kennen. Es gibt die Möglichkeit, Verwaltungsvorschriften, um weitere Konkretisierungen in den Vollzug hineinzubekommen, zu verabschieden. Da gibt es bestimmte Beispiele, aber das ist jetzt sicher auch nicht so intensiv genutzt worden, wie man sich das vorstellen könnte. Wir haben die Grundrechte, die immer eine gewisse vereinheitlichende Tendenz haben. Wir haben ein Bestimmtheitsgebot, wir haben das Bundesver-

waltungsgericht, das genannt ist als oberstes Bundesgericht. Das heißt, es gibt ein ausgefeiltes Instrumentarium, wie man Rechtsanwendungsgleichheit unter dem Grundgesetz herstellen kann. Und dann muss man sagen, ist in Anbetracht dieses Instrumentariums Art. 3 eigentlich nicht die effektivste Möglichkeit und deswegen ist es auch richtig, dass die Gerichte da eine Einschränkung machen. Man kann sich auch gar nicht so richtig vorstellen, wie das praktisch aussehen sollte, wenn jetzt eine Bremer Behörde sich an dem Gesetzesvollzug in einem bayerischen Landkreis orientieren sollte. Wir haben wenig Kenntnisse über den Vollzug generell. Wie sollte man sich eine Gleichheitsbindung dort vorstellen? Insofern denke ich, ist das gar nicht der entscheidende Anknüpfungspunkt, den die Verfassung dafür liefert. Es stellt sich eher die Frage, ob, wenn man dann doch einmal bemerkt, dass der Vollzug nicht so einheitlich ausfällt, wie man sich das vorstellt, nicht vielleicht sogar im Gegenteil eine Verpflichtung des Gesetzgebers angenommen werden sollte, dann eben nachzusteuern. Man könnte vielleicht anfangen beim Bund ganz allgemein mit Verwaltungsvorschriften, aber auch beim Gesetzgeber, bestimmte Dinge zu regeln. Es klang eben schon in dem einen Referat an, dass man dort natürlich im Nachgang das Gesetz entsprechend bestimmter fassen könnte. Und es wäre daher meine Frage: Gibt es nicht vielleicht sogar die Verpflichtung des Gesetzgebers, unter solchen Umständen entsprechend nachzusteuern? Ganz kurzer letzter Punkt, davon abgehoben: *Wolfram Cremer*, Du hast gesagt, dass es eine Bindung gibt bei der zeitgleichen Interpretation oder der zeitgleichen Auslegung. Da hätte ich deswegen gewisse Zweifel, weil wir, wenn ich es richtig sehe, keine Verpflichtung haben, gleichzeitig bestimmte Entscheidungen zu treffen, das heißt, da ist ja die offene Flanke schon sehr, sehr groß, indem man einfach die Entscheidung etwas später trifft. Vielen Dank.

Hinnerk Wißmann: Ich möchte zunächst den Dank an beide Referenten für die scharfsinnige Kritik des Unitarismus wiederholen. Gerade die Analyse im Rechtsvergleich hat die deutschen Vorverständnisse und Pfadabhängigkeiten ja doch sehr hell ausgeleuchtet. Ich finde, zu loben ist auch ausdrücklich, dass kein Kurzschluss stattgefunden hat, bei dem Mehrebenenproblematik zum hundertsten Mal EuGH, Bundesverfassungsgericht plus EGMR heißen muss. Wir haben in der Tat von einer Vielzahl von Akteuren und auch insbesondere von den Ebenen im Bundesstaat zu sprechen. Und schließlich würde ich auch zustimmen, dass Rechtsanwendungsgleichheit mindestens seit heute Nachmittag nicht mehr als trivial zu verstehen ist.

Dennoch möchte ich dann die zentrale These von *Wolfram Cremer*, nämlich die Verabschiedung der Gleichheit in der Zeit, nicht kaufen wollen. Mir scheint dem eine sehr romantische Vorstellung vom Gesetzesanwen-

der zu Grunde zu liegen, der mit Stift und leerem Blatt Papier immer wieder neu dem Gesetz etwas abringen möchte. Ich würde ja noch zustimmen im Sinne von *Veith Mehde*, dass Art. 3 GG nicht so entscheidend ist. Aber trotzdem unterschlägt die Vorstellung, es gäbe da gar kein Gleichheitsproblem oder keinen Gleichheitsmaßstab, die notwendigen Rationalisierungsgewinne, die in der Wechselseitigkeit von Rechtssätzen und ihrer Anwendung durch verschiedene Akteure liegen. Ich will das illustrieren: Wenn man zunächst bottom-up denkt, dann werden 98 % der Fälle in der Verwaltung ohne Subsumtion des Gesetzes entschieden, nämlich in Anknüpfung an eine vorliegende Verwaltungspraxis oder an Weisungen. Und 99 % der Fälle finden ohne gerichtliche Kontrolle statt. Wir leben doch in einer nützlichen Fiktion, dass wegen Art. 19 Abs. 4 GG Verwaltungspraxis flächig von Gerichten kontrolliert werden kann. Wenn das tatsächlich stattfinden müsste, wie es jetzt durch die Abschiebungspraxis in Nordrhein-Westfalen nahegelegt wird, dann bricht der Rechtsstaat morgen zusammen. Das heißt, diese Konstruktion geht ja ganz stark davon aus, dass Handlungssicherheiten geschaffen werden in der Verwaltung, nicht zuletzt durch obergerichtliche Entscheidungen zu vorgängigen Fällen. Die Dimension, dass man an das, was man heute getan hat, morgen nicht mehr gebunden ist, wenn die zum Programm wird, hätte ich doch große Bedenken, dass das effizient zu händeln ist.

Top-down kann man es auch sagen: Die Einzelfallentscheidung von Höchstgerichten ist eben keine Einzelfallentscheidung, sondern hat eine hochpolitische, systembildende Dimension. Solche Leitentscheidungen müssen beachtenswert sein und man kann nicht einfach meinen, das war gestern ein Einzelfall, morgen ist ein neuer Fall. Ich will es so pointieren: Das würde man in Ungarn und Polen gerne haben, dass bestimmte Entscheidungen schon morgen keine Auswirkung mehr haben sollen. Ich würde also dafür plädieren, dass die Spannung zwischen Einheit und Vielfalt, die Herr *Schindler* angesprochen hat, nicht einseitig aufgelöst werden kann zugunsten der Vielfalt, sondern die Einheit als Dimension im Raum bleibt. Von der Schweiz kann man auch hier lernen, vielleicht auch typischerweise die Bedachtsamkeit. Vielen Dank.

Christian Waldhoff: Vielen Dank. Das hat jetzt schon zum zweiten Themenblock übergeleitet: den grundrechtlichen und rechtstheoretischen Implikationen.

Uwe Volkmann: Vielen Dank. Ich wollte mich vor allem auf das Referat von *Wolfram Cremer* konzentrieren, das, fand ich, eine wunderbare dogmatische Aufbereitung des Gleichheitssatzes und der Rechtsanwendungsgleichheit geboten hat, zugleich aber auch die Frage aufgeworfen hat: Ist

Dogmatik hier eigentlich alles und wird es dem Gleichheitssatz wirklich gerecht, wenn wir ihn auf eine rein dogmatische Kategorie reduzieren, damit aber auch von seinem konstitutiven Zusammenhang zur Gerechtigkeit isolieren? Der Gleichheitssatz nimmt ja eine klassische Forderung der Gerechtigkeit auf, und zwar in dem „suum cuique"-Satz oder eben der Forderung, jeden genau so zu behandeln, wie er oder sie es verdient. Nichts anderes meint der Satz, gleiche Fälle sollen gleich, ungleiche Fälle sollen ungleich behandelt werden. Das bedeutet für die Rechtsanwendungsgleichheit, dass der eine Fall prinzipiell nicht anders behandelt werden soll als ein vergleichbarer vorheriger Fall. Kraft dieses Bezugs zur Gerechtigkeit rechnet der Gleichheitssatz, auch als Rechtsanwendungsgleichheit, immer schon mit einem idealistischen Überschuss, nämlich damit, dass immer mehr verlangt ist als konkret geleistet oder erfüllt werden kann. Und gerade deshalb ist es für die Legitimität von Gerichten ein Problem, wenn ein irakischer Asylbewerber in einem Fall Schutz zugesprochen bekommen hat und einem anderen in einem praktisch identischen Fall von derselben Kammer oder einer anderen Kammer desselben Gerichts dieser Schutz verweigert wird. Und das wird in den Gerichten so natürlich auch diskutiert: Wenn man mit Richtern spricht, dann sehen die selbst, dass da ein Problem liegt, das sie auf verschiedene Weise auszuräumen versuchen, und zuletzt soll ja auch der Instanzenzug dafür sorgen, das Ganze auf ein System gleicher Rechtsanwendung hinzuordnen. Oder wenn man beim Juristentag über die Einführung von Sentencing-Guidelines diskutiert, um das Problem auseinanderfallender Strafrahmen in den Griff zu bekommen: Das mag im Ergebnis abgelehnt worden sein, aber es zeigt, dass es hier auch darum geht, dass ein gewisser Druck im Kessel bleibt. Und der Gleichheitssatz, auch als Rechtsanwendungsgleichheit, dient eben gerade dazu, diesen Druck aufrechtzuerhalten. Davon bleibt nur nicht mehr viel zurück, wenn man das Ganze auf die Forderung nach gleicher Behandlung bei zeitgleicher Entscheidung reduziert, weil es im eigentlichen Sinne zeitgleiche Entscheidungen, das hat Herr *Mehde* schon angesprochen, gar nicht geben kann. Es gibt dann vielleicht die eine Entscheidung vor der Mittagspause und die andere Entscheidung nach der Mittagspause. Ist das dann noch zeitgleich? Kommt es auf denselben Tag an? Ist eine Woche noch zeitgleich, ist ein Monat oder ein Jahr noch zeitgleich? Wenn man es wirklich auf dieselbe logische Sekunde reduziert, bleibt im Grunde von dieser Rechtsanwendungsgleichheit, das muss man sehen, in der Sache nichts mehr übrig; und das hat, glaube ich, zwei problematische Konsequenzen. Eine erste Konsequenz ist, dass wir dann die Rechtsanwendungsgleichheit viel schwächer justiziabilisiert und viel schwächer dogmatisiert haben als die Rechtssetzungsgleichheit, obwohl wir die Rechtsanwendungsgleichheit eigentlich immer als selbstverständlich vorausgesetzt und uns über die Rechtssetzungsgleichheit

lange gestritten haben. Es führt zweitens zu einer problematischen Verlagerung in der Arbeitsteilung von Gesetzgeber und Verwaltung. Der Gesetzgeber arbeitet eben auch mit offenen Formulierungen und unbestimmten Begriffen, und dies gerade im Vertrauen darauf, dass sich in der Rechtsprechungs- oder in der Verwaltungspraxis eine einheitliche Anwendung dazu herausbildet. Je weniger das gewährleistet ist und je weniger es auch normativ gefordert ist, desto mehr muss der Gesetzgeber in das Gesetz selbst hineinschreiben. Wir erleben dann überall dasselbe wie seit einiger Zeit im Polizeirecht, wo das Bundesverfassungsgericht nicht auf die Vollzugsebene zugreifen kann und zum Ausgleich den Gesetzgeber verpflichtet, seine Regelungen immer konkreter zu fassen. Mit der Folge, dass diese am Ende überhaupt nicht mehr handhabbar sind. Auch das ist, glaube ich, so kaum wünschenswert.

Carsten Bäcker: Meine Anmerkung bezieht sich auf das Referat von Herrn *Cremer*, zu dem ich eine These und eine Frage habe. Die These lautet, dass Ihrem Modell, Herr *Cremer*, eine Abwägungslösung unterliegt – vielleicht ohne Wissen, vielleicht ohne Wollen. Diese Abwägungslösung hat bei Ihnen zwei Ebenen. Die Erste ist die der Ponderation: Welche Güter kollidieren eigentlich? Ich glaube, bei Ihnen kollidiert die Rechtsanwendungsgleichheit mit der Rechtsanwendungsrichtigkeit; und die Rechtsanwendungsgleichheit verorten Sie mindestens in vier verschiedenen verfassungsdogmatischen Orten: In Art. 3 Abs. 1 haben Sie die Gleichheit, als Anwendungsgleichheit, verortet. Aus Art. 20 Abs. 3 – Recht und Gesetz – nehmen Sie die Bindung an das allgemeine Gesetz als Grund für Rechtsanwendungsgleichheit. Dann Rechtsstaat und Vertrauensschutz; wahrscheinlich abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip, wenn es das gibt. Schließlich die kompetenztheoretische Einheitlichkeit, Art. 83 ff., 72 ff. Das ist also die eine Seite, das eine Gut: Rechtsanwendungsgleichheit mit vielen verschiedenen verfassungsrechtlichen Basen. Auf der anderen Seite steht die Rechtsanwendungsrichtigkeit. Da wird nicht ganz klar, woher Sie dieses Gut nehmen. Vielleicht aus der Einzelfallangemessenheit. Wenn sich etwas ändert in der Welt, dann muss man das Recht eben anders anwenden; etwa im Fall einer Änderung der Umstände, einer besseren Rechtserkenntnis oder dem, was als Dynamik des Rechts bezeichnet wird. In all diesen Fällen muss sich die Anwendung des Rechts ändern. Die zweite Frage im Rahmen der Ponderation auf der ersten Ebene des Abwägungsmodells ist dann: In welchen Situationen kollidieren eigentlich diese Güter? Da unterscheiden Sie wieder mehrere Situationen. Einmal die Anwendung im verbandseigenen Vollzug, dann die Anwendung im verbandsfremden Vollzug und schließlich die Anwendung der Judikative als Adressat; viertens werden diese Situationen noch jeweils europarechtlich grundiert. Dann schrei-

ten Sie zur zweiten Ebene, der Abwägung, in der Sie in den verschiedenen Situationen die verschiedenen Güter verschieden gewichten können. Sie führen das Ganze zu einer regelförmigen Drei-Stufen-Lösung; doch wie bei der Drei-Stufen-Theorie zu Art. 12 steht da offenbar eine Abwägungslösung dahinter. Das würde übrigens auch erklären, warum im Referat von Herrn *Schindler* die beiden scheinbar gegensätzlichen Cannabis-Entscheidungen zugleich richtig sein können. Das Bundesverfassungsgericht sagt, es geht um eine im Wesentlichen einheitliche Praxis der Länder. Das Bundesgericht sagt, es gibt gute Gründe, warum es anders sein könnte. Ja, beides ist richtig: Wir müssen zwischen verschiedenen Gütern abwägen, und das Ergebnis kann je nach Abwägungssituation unterschiedlich sein. Meine Frage jetzt vor dem Hintergrund dieser These, dass Sie uns eine Abwägungslösung präsentiert haben: Wollten Sie uns ein Abwägungsmodell vorstellen? Wenn nein, warum wollten Sie das nicht? Wenn ja, warum sagen Sie das nicht? Ich glaube, es könnte der Rekonstruktion helfen.

Lothar Michael: Ich möchte nochmal anknüpfen an das, was *Christoph Schönberger* am Anfang gefragt hat, nämlich an die innere Rechtfertigung von Vollzugsvielfalt. Wir könnten versuchen, diese verfassungsrechtlich aus dem Bundesstaatsprinzip (und man müsste ergänzen: auch aus der Selbstverwaltungshoheit) abzuleiten oder eben auch aus dem Demokratieprinzip. Wir sollten uns daran erinnern, dass Wahlen auf der Bundesebene, auf der Länderebene und in den Kommunen stattfinden. Der Satz, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, erstreckt sich eben auch auf die Verwaltung und die Gerichte, was nicht nur dadurch einzulösen ist, dass Richter vom Volk gewählt werden. Das führt mich zu dem Gedanken von *Wolfram Cremer*, dass wir es restriktiv handhaben sollten, den allgemeinen Gleichheitssatz auf die Zeit zu erstrecken. Diese These sehe ich weniger kritisch, anders als *Hinnerk Wißmann*. Denn das Demokratieprinzip ist auf Veränderung angelegt und deshalb sollte es die Verwaltung auch jederzeit in der Hand haben, ihre Verwaltungspraxis zu ändern. Allerdings, was die Rechtfertigungsbedürftigkeit anbelangt, würde ich, damit das nicht zu Willkür führt, eine Offenlegung der Änderung einer Verwaltungspraxis für verfassungsgeboten halten und damit ggf. auch einen sachlichen Grund. Danach ist es die Begründungsbedürftigkeit, die, um das Votum von *Uwe Volkmann* aufzugreifen, den Druck auf dem Kessel halten sollte. Zweitens möchte ich fragen, ob wir – *Wolfram Cremer* hat ja die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dazu kritisiert – dabei nicht unterschiedliche Maßstäbe anlegen sollten. Ist es nicht doch ein Unterschied, ob eine Verwaltungsbehörde ihre Verwaltungspraxis ändert oder eine höchstrichterliche Rechtsprechung geändert wird? Allerdings würde ich auch die Bindung der Rechtsprechung an den Gleichheitssatz nicht auf die zeitliche Dimen-

sion erstrecken wollen. Änderungen der Rechtsprechung sind gegebenenfalls aus dem Vertrauensschutz, d.h. eher aus freiheitsrechtlichen Gründen Grenzen zu setzen als aus gleichheitsrechtlichen Gründen. Schließlich möchte ich noch einmal eine Beobachtung aufgreifen, dass beide Referenten gestufte Anforderungen an Rechtsanwendungsgleichheit entwickelt haben. Beide verfolgten einen ähnlichen normativ-dogmatischen Ansatz, verfassungsrechtliche Anforderungen zu formulieren. Beide Referenten entwickelten dabei aber unterschiedliche Kriterien, die ich jeweils für rational sehr gut nachvollziehbar hielt. Aber mich stimmt es nachdenklich, dass zwei Referenten sich lange Gedanken machen und jeweils einen dogmatischen Ansatz verfolgen und dann aber auf so unterschiedliche Kriterien kommen. Deshalb meine Nachfrage: Sollen wir die beiden Referenten als zwei alternative Ansätze in Zukunft zitieren? Oder würden Sie sich wechselseitig zustimmen in den Kriterien, die der jeweils andere gefunden hat? Ich möchte den Referenten die Antwort auf meine Frage noch ein bisschen erschweren, indem ich beides für begründungsbedürftig hielte. Einerseits die Ablehnung eines dieser Kriterien, andererseits aber auch die Annahme, dass das alles kumulativ verfassungsgeboten sein soll. Danke.

Liv Jaeckel: Ich würde gerne noch einmal den Aspekt der Rechtsanwendungsgleichheit mit Blick auch auf das Streben nach der Rechtssicherheit ansprechen und dies vor rechtstheoretischem und auch sprachphilosophischem Hintergrund. Die Sprachphilosophie – oder jedenfalls namhafte Vertreter, wenn ich an den späten *Wittgenstein* denke, *Quine* und weitere bis hin zu *Robert Brandom* – geht ja davon aus, dass sich die Bedeutung eines Wortes und damit auch eines Normtextes durch den Gebrauch entfaltet und eben auch immer mit Blick auf den Lebenssachverhalt neu entfaltet werden muss. Die Sprachphilosophie bezeichnet dies als Sprachspiel, doch was für die Sprachphilosophie vielleicht Spiel ist, ist für die Juristerei dann letztlich Ernst. Denn wie soll vor diesem Hintergrund Rechtssicherheit gewährleistet werden, wenn sich die Bedeutung eines Wortes immer wieder im Gebrauch entfalten muss und diese auch immer wieder neu aufgestellt sein kann? Die Sprachphilosophie, insbesondere ihr Vertreter *Robert Brandom*, gibt darauf eine Antwort, die er gerade mit Blick auf das Recht entfaltet hat: Essentiell muss danach immer auch die Begründung für einen bestimmten Gebrauch sein. Insofern eine Zustimmung zu Ihnen, Herr *Cremer*, insbesondere dahin, dass eine Rechtsanwendungsgleichheit nicht gegeben sein kann, aber dass Abweichungen doch eben immer begründet werden müssen – und dies umso stärker, je größer die Abweichung von einem überkommenen Gebrauch ist, sei es gegenüber früheren Entscheidungen oder auch gegenüber Entscheidungen anderer Gerichte. Auf diese Weise könnte pragmatisch einerseits den von Herrn *Wißmann* angesproche-

nen vielen Einzelfallentscheidungen Rechnung getragen werden, wenn man bei immer gleichem Gebrauch von einer nicht so hohen Begründungslast ausgeht. Andererseits kann bei Abweichungen aber auch die zu Recht von Herrn *Möllers* angesprochene Perspektive des Normadressaten berücksichtigt werden, indem bei Abweichungen von einer höheren Begründungslast ausgegangen wird. Also insofern die Frage, ob nicht das Ausmaß der Begründung abhängig ist von dem Grad der Abweichung. Vielen Dank.

Christian Waldhoff: Jetzt kommen wir zu den eher verwaltungsbezogenen Diskussionsbeiträgen.

Anna Leisner-Egensperger: Ich hätte eine Frage an Sie, lieber Herr *Cremer*, zu Ihrer These 11 S. 3. Wie begründen Sie auf Grundlage Ihrer Kernthese Rechtsanwendungsgleichheit aufgrund der verwaltungsinternen Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften? Die noch herrschende Meinung geht ja von einer Selbstbindung der Verwaltung aufgrund einer tatsächlichen gleichmäßigen Verwaltungspraxis aus und behandelt dann insofern tatsächliche Verwaltungspraxis und Verwaltungsvorschriften gleich mit Blick auf ihre Bindungswirkung. Sie nehmen dagegen, wenn ich das richtig verstanden habe, an, dass die Verwaltung in jeder juristischen Sekunde von neuem das Gesetz auf immer neue Sachverhalte anwendet ohne bei dieser Rechtsfindung inhaltlich an die Vergangenheit gebunden zu sein. Wo genau sind jetzt in diesem heuristischen Prozess, wie Sie ihn ja nennen, die Verwaltungsvorschriften eingebunden, die nach herrschender Meinung ja keine Rechtsnormen sind, also grundsätzlich keine Außenwirkung entfalten und damit ganz anders wirken als das Gesetz. Verfassungsrechtlich gewendet: Kann es im Gewaltenteilungsgefüge sein, dass es die Exekutive allein in der Hand hat, indem sie Verwaltungsvorschriften erlässt oder eben auch nicht erlässt, ob sich der Bürger als Grundrechtsträger auf den Gleichheitssatz berufen kann oder nicht? Danke.

Matthias Valta: Danke für zwei sehr klare und inspirierende Vorträge. Ich habe eine Frage zum Referat von Herrn *Schindler*. Es überzeugt mich zwar, dass man die Gleichheit vor dem Gesetz, so wie es in der Verfassung steht, als Ideal hat, und nicht nur Gleichheit vor den Hoheitsträgern, und ich höre mit Interesse, dass hier differenzierende Lösungen gefragt sind, aber ich komme hier an Grenzen. Sie sprechen von einer föderalen Tabuisierung des Gleichheitssatzes. Nach meinem bisherigen Verständnis handelt es sich eher um eine funktionelle Grenze des Gleichheitssatzes. Wenn ich zwei verschiedene Hoheitsträger habe, die ein Gesetz vollziehen und dieses unterschiedlich vollziehen, da stellt sich mir die Frage: Welcher Hoheitsträger, welcher konkrete Vollzug ist nun die Referenz, nach wem

muss man sich richten? Welcher Hoheitsträger setzt die Referenz und welchen anderen Hoheitsträgern, die von dieser Referenz abweichen, kann man die Ungleichbehandlung zurechnen? Wer ist sozusagen „Schuld“ an der Ungleichbehandlung und muss sich anderen anpassen? Mir scheint das somit eher eine funktionelle Grenze zu sein. Es gibt auch Beispiele, wie in der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten, bei denen diese Grenze des Gleichheitssatzes auch anerkannt wird. Wenn in zwei Staaten jeweils diskriminierungsfrei besteuert wird, kann es trotzdem zu einer Doppelbesteuerung kommen und da hat der EuGH dann gesagt: Das ist zwar für die Grundfreiheiten und ihre Ausübung höchst abträglich, aber es ist einfach eine Disparität, ein Nebeneinander unabgestimmter Regelungen, das hinzunehmen ist. Wie begegnen Sie diesem Zuordnungsproblem? Denken Sie in Richtung eines Appell-Urteils, das sich an alle Vollzugshoheitsträger richtet und das vielleicht ein Ansporn sein kann, das Ganze de lege ferenda oder de constitutione ferenda „hochzuzonen“ auf eine höhere Ebene? Vielen Dank.

Simon Kempny: Ich habe zwei Anmerkungen zum Referat von Herrn *Cremer*. Die erste betrifft das, was *Carsten Bäcker* die kompetenztheoretische Einheitlichkeit genannt hat. Und zwar habe ich Zweifel daran, aus den Normen über die Bundesgesetzgebungskompetenz im Grundgesetz im Bereich der ausschließlichen Bundesgesetzgebung eine Gleichheit überhaupt der Gesetzgebung, also des Verbots partikularen Rechts insbesondere, und damit dann auch Anforderungen an den gleichen Vollzug abzuleiten. Mein Hauptgewährsmann ist der Art. 71 GG. Das Grundgesetz geht ganz offensichtlich davon aus, dass auch im Bereich der ausschließlichen Kompetenztitel kein ausschließlich vom Bund herrührendes Recht da sein muss, sondern der Bund die Länder punktuell ermächtigen kann. Wie weit das gehen darf, ob das auch ein Globaltitel sein darf oder nicht, das ist umstritten, aber gar nichts dürfen die Länder da sicher nicht. Weiterer Gewährsmann ist der Art. 108 Abs. 6: Die Finanzgerichtsbarkeit wird durch Bundesgesetz (und jetzt kommt es:) *einheitlich* geregelt. Da haben wir es – und e contrario sagt das wohl, dass das ansonsten eben nicht so sein muss. Letzter Gewährsmann ist der Art. 73 Abs. 1 Nr. 5, da bekommt der Bund die ausschließliche Gesetzgebung über „die Einheit des Zoll- und Handelsgebietes“. Also, wenn das Grundgesetz wirklich Einheit will, dann sagt es das auch, so meine These, und deshalb, glaube ich, ist diese kompetenztheoretische Dimension nicht so stark oder muss sie jedenfalls nicht so stark gesehen werden. Die zweite Anmerkung betrifft die (von *Christoph Möllers* auch gerügte) fehlende Betroffenenperspektive (so habe ich es dort verstanden). Die rührt, glaube ich, daher, dass Sie die Rechtsanwendungsgleichheit so konstruieren, dass, wenn ich Sie richtig verstan-

den habe, nur *der jeweils entscheidende Amtswalter* gebunden sein soll und auch nur insoweit, als er *zeitgleich* – bei allen Implikationen, auf die *Uwe Volkmann* hingewiesen hat – entscheidet. Und jetzt stellen wir uns einmal folgenden Fall vor: Wir haben eine vertikal gegliederte Verwaltung innerhalb eines Verwaltungsträgers. Und zwar eine höhere Behörde und zwei niedere Behörden, und die höhere hat Fachaufsicht und Selbsteintrittsrecht. Sie kann also beliebig an sich ziehen und beliebig entscheiden, beliebig dreinregieren – sie muss aber nicht. Und jetzt entscheiden zu einem Zeitpunkt diese zwei niederen Behörden auf Grundlage ein und derselben Bundesrechtsnorm zwei Fälle, und die interpretieren, die konkretisieren dabei diese Norm uneinheitlich. Dann wäre, so habe ich Sie verstanden, nach Ihrer Konstruktion Art. 3 Abs. 1 nicht erfolgreich in Stellung zu bringen, denn es entscheiden unterschiedliche Amtswalter, und die entscheiden nach ihrem besten Wissen und Gewissen und Art. 20 Abs. 3, konkretisieren das Recht, und das ist alles vertretbar. Aus. Wie ist es da mit dieser höheren Behörde, die noch Gewehr bei Fuß steht? Die könnte eingreifen, tut es aber nicht. Ist dann also Duldung von Ungleichheit auf der nachgeordneten Ebene etwas, was wir vor Art. 3 Abs. 1 ziehen lassen müssen, während, wenn die höhere selbst an sich zöge und dann (durch denselben Amtswalter) zeitgleich ungleich entschiede, zweifelsfrei nach Ihrem Modell es dann ein Fall von Art. 3 Abs. 1 wäre, dass dessen Tatbestand verwirklicht wäre? Ich halte das für sehr unglücklich, wenn wir das Verfassungsrecht so lesen, dass es auf Tun einerseits und Unterlassen (Dulden ist ja das Unterlassen von Eingreifen in die Speichen) andererseits hinausläuft. Wir wissen aus dem Strafrecht, dass diese Abgrenzung schwierig ist. Mein Vorschlag wäre: Wir sollten stärker auf den persönlichen Anwendungsbereich der Gleichheitssätze, insbesondere des Art. 3 Abs. 1 GG, schauen. Der verpflichtet, so das herrschende Verständnis, gestützt auf Art. 1 Abs. 3 GG, den Amtswalter, aber auch die Stelle (die Behörde) und den Verwaltungsträger. So kann es dann sein, dass der einzelne *Amtswalter* sowieso nur einen Fall entscheidet – da ist dann strukturell keine Ungleichbehandlung –, dass die *Behörde* vielleicht gerechtfertigt ist, weil sie innerhalb ihres Kompetenzbereichs arbeitet, aber der *Verwaltungsträger*, der die Behörden trägt, sich zur Rechtfertigung einer ihm zugerechneten Ungleichbehandlung *nicht* auf die territoriale Untergliederung seiner selbst berufen kann – anders, als das der Art. 83 GG im Bund-Länder-Verhältnis gestattet. Danke.

Christian Waldhoff: Wir kommen jetzt zu den im Schwerpunkt europarechtlichen Fragen.

Karl Stöger: Mir ist die Arbeitsteilung zwischen den Referenten, denen ich beiden sehr für ihre Vorträge danken möchte, natürlich bewusst. Dennoch

zeigt die Diskussion, in der manches von dem, was jetzt kommt, schon gesagt wurde, dass Viele sich gedacht haben, einige der Leitsätze *Benjamin Schindlers* passen auch vorzüglich auf die Situation der Europäischen Union. Dort könnten die Vorzeichen freilich etwas anders liegen. In der Europäischen Union ist es ja so, dass das, was im föderalen System nur im autonomen Vollzugsbereich der Gliedstaaten ein Thema ist, eigentlich im gesamten indirekten Vollzug des Unionsrechts verwirklicht ist: ein sehr großer Spielraum der Mitgliedstaaten durch unterschiedliche Rechtskulturen in der Rechtsumsetzung und der Rechtsanwendung und eine weitgehend fehlende exekutive Aufsicht durch die Europäische Union. Natürlich gibt es auch hier eine Schrittmacherfunktion der Gerichte, insbesondere des EuGH, aber auch dieser ist darauf angewiesen, dass er überhaupt angerufen wird. Damit stellt sich jetzt für mich die Frage, ob das, was im föderalen System, insbesondere in der Schweiz, aber nach überwiegender Dogmatik auch in Österreich, durchaus eine gewünschte oder zumindest eine zu akzeptierende Vielfalt ist, im Kontext der Europäischen Union nicht dann doch Probleme verursacht. Und das schlägt die Brücke zu Herrn *Cremer*, der in seinem letzten Leitsatz gesagt hat: Es ergibt sich aus dem Unionsrecht das Gebot eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs. Von dem her wäre mein Anliegen an *Benjamin Schindler*, ob es nicht mittelfristig einmal sehr lohnend wäre, Deine helvetischen Perspektiven auch auf den mittelbaren Vollzug der Europäischen Union zu übertragen. Ich glaube, es wäre sehr spannend, was da herauskommt und insbesondere könnten auch Juristinnen und Juristen aus den EU-Mitgliedstaaten dadurch sicher einiges lernen. Danke.

Franz Mayer: Es war die Rede von rechtskulturellen Unterschieden. Demnach scheint es so etwas zu geben wie die vorrechtlichen Voraussetzungen für Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union. Das kam in den Vorträgen etwas kurz, wurde nur angedeutet. Vielleicht ist es möglich, dazu in der Replik dann doch auch etwas mehr zu sagen. Man könnte statt von Voraussetzungen auch von Hindernissen für die Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union sprechen. Diese muss man nicht zwingend hinnehmen, aber man muss diese vielleicht auch nicht durchgehend pathologisieren. Lässt man sich auf diesen Gedanken ein, dann stellt sich die Frage nach einer Systematik der Rechtfertigungsmöglichkeiten der Rechtsanwendungsungleichheit in der Europäischen Union. Die zweite Frage, die ich stellen möchte, bezieht sich auf das Thema Inländerdiskriminierung. Möglicherweise lässt sich die Inländerdiskriminierung als Fall der Rechtsanwendungsungleichheit in Mitgliedstaaten – zu Lasten der Inländer wegen der Besserstellung der ausländischen Unionsbürger – darstellen. Das ist bekanntlich kein europarechtliches Thema, sondern ein

Thema des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts. Es wird, wenn ich recht sehe, – beispielsweise in Deutschland und in Österreich – ganz unterschiedlich verarbeitet. In Österreich gibt es dazu schon Antworten. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich zur Inländerdiskriminierung noch nicht geäußert. Es heißt, dass das Bundesverfassungsgericht sich immer sehr freut, wenn es Hinweise von der Staatsrechtslehrer-Vereinigung bekommt, wie denn die Dinge zu sehen sind. Vielleicht können Sie ja hier einen ersten Aufschlag machen. Vielen Dank.

Rudolf Streinz: Ich hätte zwei Fragen im Anschluss an das Referat von Herrn *Cremer* und zwar zur These 24: In der Tat ist auch dem Unionsrecht das Gebot eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht zu entnehmen. Die erste Frage betrifft eine leider aktuelle Grundfrage, nämlich: Die Union versteht sich als Rechtsgemeinschaft – inwieweit sie noch eine ist, das wäre eine andere Frage. Daher ist der einheitliche Vollzug des Unionsrechts eine der Grundforderungen des Europäischen Gerichtshofs. Das wird in seiner Rechtsprechung auch stets betont. Derzeit ist das Problem, dass die Achtung von Unionsrecht in einigen Mitgliedsstaaten so stark gefährdet ist, dass neben etwas originell eingesetzten Vertragsverletzungsverfahren sogar die Aktivierung von Art. 7 EUV hier in Gang gesetzt wurde. Der frühere Kommissionspräsident *Barroso* hat dies als die Nuclear Option bezeichnet. Naja, deren Blockade ist jedenfalls, was die letzte Konsequenz des Stimmrechtsentzugs angeht, doch leicht möglich. Ich möchte, anknüpfend auch an die Fragen von Herrn *Kotzur* und Herrn *Mayer*, daher die Frage nach der Unterscheidung zwischen unerlässlichen Vorgaben des Unionsrechts stellen, deren Bindung sich ein Staat ja auch entziehen kann, indem er gemäß Art. 50 EUV aus der Union austritt, und den tolerablen Unterschieden zwischen den Mitgliedsstaaten, die unter dem Leitspruch „in Vielfalt geeint" auch der Gestaltung durch die Mitgliedsstaaten überlassen bleiben soll. Ich glaube, dies ist ein Thema, das derzeit mehr vertieft werden soll, um das Verständnis für Vorgaben, die zwingend sind, und den von einigen Mitgliedsstaaten reklamierten Eigenständigkeiten zu klären. Die zweite Frage betrifft nicht nur die EU, sondern föderale Systeme generell und damit auch das föderale System der Bundesrepublik Deutschland. Der einheitliche Vollzug des Unionsrechts ist auch deshalb geboten, weil die Europäische Union mit dem Binnenmarkt ein System unverfälschten Wettbewerbs ist. Das hat man zwar auf Initiative von *Sarkozy* nicht in den Lissaboner Vertrag, den EUV, übernommen, es steht aber noch im Protokoll Nr. 27, gilt also nach wie vor als Primärrecht. Wie würden Sie, Herr *Cremer*, eine Praxis sehen, die zum uneinheitlichen Vollzug kommt, und zwar bewusst oder auch nur als erwünschter Nebeneffekt, um einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen? Zum Beispiel: Durch defizitäre Kontrolle

von Unternehmen, sei es in der steuerlichen Kontrolle oder auch in der Umweltkontrolle. Ich bezweifle, dass die Feinstaubkontrolle in allen Mitgliedsstaaten einheitlich oder vielleicht in manchen überhaupt durchgeführt wird. Dies kann man dann natürlich auch zur Anlockung von Unternehmen einsetzen. Auf Unionsebene kann man dagegen mit einem Vertragsverletzungsverfahren vorgehen. Meine Frage ist: Wäre hier unter Umständen auch Individualrechtschutz möglich? Und dies soll es ja auch in einem Bundesstaat geben, dass man die unterschiedliche Kontrolldichte einsetzt, um einen Wettbewerbsvorteil zu haben. Wie würden Sie das sehen? Dankeschön.

Peter Bußjäger: Ja, der Bundesstaat, das föderale System, das ist eine Flanke in der Gleichheit und das ist dem Umstand geschuldet, dass sich das jeweilige System dafür entschieden hat, ein Bundesstaat zu sein. Und was für den Bundesstaat gilt, das gilt erst recht für die Europäische Union. Sie ist ja nicht einmal ein Bundesstaat. Ihre Integrationsverdichtung hat den klassischen Bundesstaat noch nicht erreicht und hier bin ich bei meiner Anmerkung zum Referat von Herrn *Cremer*. Ich habe nur ein Bedenken, wiederum auf Ihr Thesenpapier Nr. 24 beziehend. Kann man wirklich das Subsidiaritätsprinzip dafür fruchtbar machen, für einen vereinheitlichten Vollzug, für ein Prinzip des einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht? Das kommt mir ein bisschen vor, wie das Subsidiaritätsprinzip, das ja eine Kompetenzausübungsschranke ist, wie Sie gesagt haben, auf den Kopf zu stellen. Ich frage mich auch, ob wir es auf den Kopf stellen müssen, denn, und da schließe ich mich ein bisschen an das an, was mein Vorredner gesagt hat: Ich frage mich, ob wir auch immer richtig differenzieren zwischen einem uneinheitlichen Vollzug und einem Vollzug, der unionsrechtswidrig ist. Ich glaube, hier gibt es Unterschiede. Wählt der Unionsrechtsgesetzgeber das Instrument der Richtlinie, dann wird er in einem sehr großen Ausmaß Uneinheitlichkeit in der Rechtsetzung und in der Umsetzung seiner Ziele in Kauf nehmen. Das liegt in der Natur der Sache. Wählt er das Instrument der Verordnung, dann wird es selbstverständlich nach der Natur der Sache auch einen gewissen uneinheitlichen Vollzug geben. Die Frage wird sein: Ist dieser uneinheitliche Vollzug unionsrechtswidrig? Dann stehen die entsprechenden Instrumente des Unionsrechts zur Verfügung, dies zu ahnden oder nicht. Diese Instrumente kann man für zureichend halten oder für unzureichend, aber das ist die Frage, mit der man dann auf diesen unionsrechtswidrigen Vollzug eingeht. Wenn der Unionsrechts-Gesetzgeber der Meinung ist, es gibt zu viel Uneinheitlichkeit, dann muss er die Rechtsetzung verdichten, dann muss er in der Verordnung noch einmal präzisieren. Deswegen noch einmal meine Bedenken: Kann man hier wirklich das Subsidiaritätsprinzip dafür fruchtbar machen?

Stefan Oeter: Meine Irritation, die zu der Frage an Herrn *Cremer* führt, geht im Grunde in die gleiche Richtung, die gerade Herr *Bußjäger* und vorhin schon *Christoph Möllers* geäußert haben, also die Verbindung zwischen dem postulierten Gebot des im Wesentlichen gleichen Vollzuges von Unionsrecht mit dem Subsidiaritätsprinzip. Das Subsidiaritätsprinzip zielt ja nicht nur auf die Frage, ob etwas reguliert werden soll, sondern zielt auch sehr stark auf die Frage, wie etwas reguliert werden soll. Wenn Sie sich die jährlichen Subsidiaritätsberichte der Kommission, die sich mit den Subsidiaritätsrügen der nationalen Parlamente auseinandersetzen, ansehen, wird da in der Regel gestritten über das Wie. Wieviel soll eigentlich in einem bestimmten Bereich einheitlich reguliert werden und wieviel soll den Mitgliedsstaaten überlassen bleiben in der unterschiedlichen Präferenzsetzung. Wenn man das Subsidiaritätsprinzip so rekonstruiert, dann leuchtet die postulierte Verbindung als Verstärkung eines Gebots einheitlicher Rechtsanwendung eigentlich überhaupt nicht ein. Gerade da, wo der Unionsrechtssetzer selbst davon ausgeht, es bedürfe keiner vereinheitlichten Normierung, um das gemeinsame Ziel zu erreichen, da würde das Subsidiaritätsprinzip letztlich sagen: Ja, dann sollen die Mitgliedsstaaten das machen, wie sie es, natürlich im Rahmen des Vorrangs des Unionsrechts und der Loyalität gegenüber den Unionsorganen, für richtig halten. Also insofern die Nachfrage: Wie haben Sie das gedacht, als Sie das so formuliert haben?

Benjamin Schindler: Vielen Dank für die freundlichen Worte zu den Vorträgen, für alle Ergänzungen und Fragen. Ich werde nicht auf alles antworten können. Sehen Sie mir das bitte nach. Beginnen möchte ich mit der Frage: Warum habe ich eigentlich Art. 3 GG und die entsprechenden Bestimmungen zum Gleichheitssatz im österreichischen Bundesverfassungsgesetz und der schweizerischen Bundesverfassung zum Ausgangspunkt genommen und nicht beispielsweise für Deutschland Art. 83 GG, für die Schweiz Art. 46 BV oder für Österreich Art. 10 ff. B-VG? Die Frage ist natürlich absolut berechtigt. Der Grund, weshalb ich das Gleichheitsgebot zum Ausgangspunkt genommen habe, war, weil mir dies durch den Titel „Rechtsanwendungsgleichheit" vorgegeben schien. Es war auch insofern ein dankbarer Anknüpfungspunkt, als die Gleichheitssätze im Grundgesetz und den beiden Bundesverfassungen mehr oder weniger wortgleich formuliert sind und so einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt bildeten. Die Bestimmungen in Art. 83 GG, dann eben Art. 10 B-VG und Art. 46 BV sind in ihrer Normierungsdichte und auch in ihrem Gehalt in den drei Bundesstaaten doch sehr unterschiedlich und das wäre für sich alleine Stoff für ein reichhaltiges Referat gewesen. Und es ist natürlich für die Verwirklichung der Rechtsanwendungsgleichheit absolut entscheidend, welche

Steuerungsmittel der Bund einsetzen kann und wie weit er die Vollzugsaufgaben selber ausübt. Ich meine, das ist gerade ein typisches Charakteristikum des österreichischen Bundesstaates, dass der Vollzugsföderalismus nicht den Grundsatz bildet, sondern lediglich eine Spielart von verschiedenen Vollzugsmöglichkeiten. Auch die komplexe Frage der Bundesaufsicht habe ich nicht vertieft. Auch dies wäre ein klassisches Thema. Ich möchte nur darauf hinweisen, dass *Triepel* ein umfassendes Werk zur Reichsaufsicht geschrieben hat und darin minutiös und fachkundig die Schweiz und Deutschland verglich. Den im Gleichheitssatz verankerten Individualanspruch und damit die Betroffenenperspektive habe ich auch zum Ausgangspunkt genommen für mein Abwägungsmodell. Und hier die Frage, warum Herr *Cremer* und ich zu zwei unterschiedlichen Abwägungsmodellen gelangt sind. Auch in der Rechtsanwendung gelangt man nicht immer zum gleichen Ergebnis, selbst wenn zwei die gleiche Rechtsnorm anwenden. Und bei der Entwicklung dogmatischer Ansätze kann Einheitlichkeit noch viel weniger erwartet werden. Mein Abwägungsmodell ist vor allem inspiriert durch das Abwägungsmodell, das es im Bereich der Rechtssetzungsgleichheit in ähnlicher Form in Deutschland und der Schweiz bereits gibt. Und gerade, wenn wir die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung hinterfragen, dann ist es durchaus naheliegend, dieses Modell auch für die Rechtsanwendung fruchtbar zu machen. Kollege *Cremer* wiederum hat an ein Drei-Stufen-Modell angeknüpft, das er aus Art. 12 GG herauszieht, das es aber so in der Schweiz nicht gibt und deshalb für mich als Anknüpfungspunkt nicht im Vordergrund stand. Völlig zu Recht wurde auch danach gefragt, was daraus folgt, wenn mein Abwägungsmodell dazu führt, dass eine bundesweit einheitliche Vollzugspraxis gefordert ist. Ich habe hierfür das Beispiel Asylvollzug in der Schweiz genannt, wo massive Unterschiede im Vollzug bestehen. Doch stößt hier das Rechtsgleichheitsgebot nicht an eine funktionale Grenze? Ich glaube, die funktionale Grenze ist nicht das Rechtsgleichheitsgebot, sondern die funktionalen Grenzen liegen bei der Justiz und das habe ich auch versucht, in meinem Schlussvotum herauszustreichen. Die Justiz ist in ihren Möglichkeiten zur Herstellung von Rechtsgleichheit beschränkt. Gerade der Asylvollzug in der Schweiz ist ein Bereich, wo wir einen sehr rudimentären, stark beschränkten Zugang zu den Gerichten haben. Viele Fragen der Vollzugspraxis gelangen daher gar nicht in den Fokus der Justiz, weshalb sie auch nicht intervenieren kann. Aber noch entscheidender ist die Frage, wie denn die Justiz bei uneinheitlichem Vollzug reagieren soll. Sie kann oftmals nur ein Appellurteil erlassen. Es ist daher bezeichnend, dass in der Schweiz nicht primär die Justiz in solchen Fällen reagiert hat, weder beim Cannabis-Fall – dort war es das Parlament, das intervenierte –, noch im Bereich des Asylvollzugs – hier ist diesen Sommer ein Bericht der

parlamentarischen Verwaltungskontrolle erschienen, der auf diese massiven Unterschiede hinweist. Die Beispiele machen deutlich, dass es vor allem Aufgabe der Regierung und Verwaltung und auch des Gesetzgebers ist, entsprechend zu intervenieren, sei es durch neue gesetzliche Vorgaben, Interventionen der Bundesaufsicht oder über die Kürzung finanzieller Beiträge. Damit möchte ich zum Schluss noch ein Wort zur Europäischen Union und zur Europäischen Ebene verlieren. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob ich Empfehlungen an den EuGH hätte. Als Schweizer bin ich diesbezüglich zurückhaltend. Wir Schweizer müssen uns ja den Vorwurf gefallen lassen, dass wir im Vorhof der EU sitzen und Rosinen picken. Zudem neigen wir natürlich auch dazu, unseren schweizerischen Bundesstaat auf die Europäische Union zu extrapolieren. Dies ist aber ein Grundproblem, das auch in vielen europäischen Mitgliedstaaten besteht. Wir sollten nicht vom jeweiligen Erfahrungshorizont unserer Bundesstaaten, sei es ein unitarischer Bundesstaat, sei das eher ein Konkurrenzbundesstaat wie in der Schweiz oder sei das gar ein Zentralstaat, auf die europäische Ebene schließen. Das halte ich für durchaus gefährlich. Mit Blick auf die Europäische Union – ich gebe das offen zu – bin ich auch als außenstehender Betrachter etwas ratlos. Ein grundlegendes Problem in der Europäischen Union scheint mir, dass ein Grundkonsens über das Ausmaß an Vielfalt und Einheit nicht besteht. Diesen Grundkonsens kann man für verschiedene Bundesstaaten, sei es für Deutschland, für Österreich oder für die Schweiz, mit je unterschiedlichen Akzentsetzungen auf der Skala zwischen Einheit und Vielfalt durchaus feststellen. In der Europäischen Union hingegen sehe ich diesbezüglich eine große Diskrepanz: Auf der einen Seite besteht die Gefahr – die vielleicht auch in der Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck kommt –, ein sehr unitarisches Verständnis auf die Europäische Union zu übertragen. Auf der anderen Seite gibt es gewisse Mitgliedstaaten, die letztlich auch von einem unitarischen Verständnis geprägt sind und Angst davor haben, dass ihre Rechtseinheit durch die „Brüsseler Bürokratie" in Gefahr gerät. Man denke nur daran, wie die ungarische Regierung gegen die „Brüsseler Bürokraten" wettert. Was in Europa wegbricht, was aber für ein funktionierendes Mehrebenensystem entscheidend ist, ist in unterschiedlichen Ausprägungen die Identifikation mit der lokalen und regionalen Ebene einerseits, aber auf der anderen Seite auch eine Identifikation mit der obersten Ebene, sei das die Bundesebene oder eben die europäische Ebene. Besten Dank.

Wolfram Cremer: Auch von mir herzlichen Dank für die Fragen oder soll ich sagen, für die Kritik – im Wesentlichen – an der Konzeption der Rechtsanwendungsgleichheit. Ich kann ebenfalls nicht auf alle Fragen eingehen und muss sie bündeln. Mein erster größerer Antwortblock ist dem

Stichwort „Gesamtkonzeption“ gewidmet, angeregt durch die Fragen nach Gerechtigkeit, Betroffenenperspektive und Abwägungsmodell. Das Recht aus Art. 3 Abs. 1 GG ist in der Perspektive der Anwendungsgleichheit ein Recht auf Behandlung nach Maßgabe von Art. 20 Abs. 3 GG, nach Maßgabe der Gesetzesbindung. Und ich denke, dass dieses Modell, wenn man es zu Ende denkt und die zusätzlichen Implikationen, namentlich Willkürverbot und Vertrauensschutz, miteinbezieht, sowohl strukturell aufgeht als auch gerechtigkeitsadäquat und betroffenenadäquat ist. Warum? Zunächst einmal: Das Modell ist kein Abwägungsmodell, sondern das Gegenteil von einem Abwägungsmodell. Das lässt sich gut daran verdeutlichen, wenn man meine Konzeption auf die Diskussion um „Gleichheit im Unrecht“ bezieht. Danach ist bei jeder Entscheidung neu zu entscheiden, wie eine einschlägige Norm entsprechend Art. 20 Abs. 3 GG ausgelegt werden kann und sogar muss; eine Abwägungssituation besteht also gerade nicht. Diejenigen, die den Gleichheitssatz auch als in der Zeit anwendbar anerkennen, müssen dagegen im Wege eines Abwägungsprozesses begründen, warum auf Gleichheit im Unrecht kein Anspruch besteht. Das mag umgekehrt unterstreichen, dass ich gerade kein Abwägungsmodell vorschlage. Um den Unterschied zur herrschenden Meinung zu akzentuieren und zugleich die Frage nach dem zulässigen Grad der Abweichung in Abhängigkeit vom Begründungsaufwand anzusprechen: Ich postuliere, dass keine Begründung erforderlich ist jenseits der Begründung, die ohnehin geboten ist, um eine Entscheidung zu fällen. Es besteht aber keine zusätzliche Begründungslast, weil Art. 20 Abs. 3 GG eben impliziert und gar fordert, die Entscheidung zu treffen, die sich im Rahmen eines hermeneutischen Prozesses als die gesetzesnächste erweist. Verlangt man demgegenüber, wie etwa der BGH, im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG besondere Begründungen für Rechtsprechungsänderungen, führt das eben dazu, dass man sich von vorgängiger Rechtsprechung nur schwerlich lösen darf. So darf man sich – nimmt man den BGH ernst – nicht nur in einem ersten Fall, in dem man sich davon lösen will, sondern ggfs. ad infinitum nicht lösen, mag die geforderte qualifizierte Begründung doch ggfs. niemals geleistet werden können. Denn man mag zwar eine plausible Auslegung, die überzeugender ist als die vorgängige, vorschlagen können; diese mag aber nicht so zwingend sein, dass sie eine Verabschiedung dessen, was zuvor zu dieser Rechtsfrage entschieden wurde, zu legitimieren vermöchte. Überzeugender erscheint in jedem Einzelfall neu darüber nachdenken zu dürfen und zu müssen, wie die jeweils einschlägige Norm auszulegen und anzuwenden ist. Gelangt man zu einer neuen Rechtseinsicht, muss diese der Entscheidung auch zugrunde gelegt werden dürfen. Die Interessen des von einer Rechtsprechungsänderung nachteilig Betroffenen sind demgegenüber unter Vertrauensschutzgesichtspunkten zu berücksichtigen. Der Grundsatz des Vertrau-

ensschutzes – und insoweit kann dann auch der Grad der Abweichung von der vorangegangenen Rechtsprechung eine Rolle spielen – ist im Einzelfall dazu geeignet, das entstandene Vertrauen zu honorieren und die Entscheidung gegebenenfalls, was etwa dem Europäischen Gerichtshof nicht fremd ist, mit einer Rückwirkungsbeschränkung zu versehen. Daran anschließend steht im nächsten einschlägigen Fall der Vertrauensschutz einer Entscheidung im Einklang mit der „neuen" Rechtsüberzeugung nicht mehr entgegen; diese Konzeption ist dogmatisch einer Konzeption überlegen, welche in Art. 3 Abs. 1 GG „so etwas wie Vertrauensschutz" – denn das ist es in der Sache – hineinliest und so Hürden aufbaut, die mit Art. 20 Abs. 3 GG konfligieren. Im Übrigen käme es bei strikter Beachtung der BGH-Doktrin tatsächlich zu dem, was vielfach mit dem Etikett „Versteinerungstheorie" versehen wird. Die Frage nach der Betroffenenperspektive habe ich damit bereits berührt, sie bedarf aber noch der Vertiefung. Die Betroffeneninteressen werden einerseits über den Vertrauensschutz sichergestellt und andererseits entweder über das Willkürverbot oder ein Präjudizienmodell, verlangen doch beide vom Rechtsanwender, dass er seine Entscheidung begründet und sich mit dem auseinandersetzt, was bislang zu dieser Rechtsfrage entschieden worden ist. Tut er das nicht, ist die Entscheidung willkürlich; es ist aber keine Verletzung des Anspruchs aus Art. 3 Abs. 1 GG, sondern es führt nur dazu, dass derjenige, der entschieden hat, noch einmal neu entscheiden und darlegen können muss, ob er die Entscheidung angemessen begründen kann. Mehr verlangt das Willkürverbot insoweit nicht.

Nun zur mehrfach gestellten Frage nach Art. 83 GG, insbesondere seiner Bedeutung zur Begründung der Freiheit im Vollzug. Die in Art. 83 GG beschriebene Kompetenzverteilung steht zunächst einmal einer dezidiert unitarischen Konzeption deutscher Bundestaatlichkeit entgegen und auferlegt einer Gegenposition eine entsprechende Begründungslast. Und *Stefan Oeter* hat schon vor 20 Jahren deutlich gemacht, dass es an belastbaren Argumenten fehlt, diese Kompetenzgrundverteilungsentscheidung, die auch entstehungsgeschichtlich abgesichert ist, zu überwinden. Art. 83 GG ist mithin zentral für die These, dass jedenfalls in der Konstellation des Vollzugs von Bundesrecht durch die Länder der Gleichheitssatz zwischen den Ländern keine Geltung beanspruchen kann.

Zur Frage nach der Dogmatik und der Verschiedenheit in den Ansätzen von Herrn *Schindler* und mir: Ein dogmatisches Referat ist naturgemäß darauf ausgerichtet, die jeweilig in Bezug genommene Rechtsordnung zu interpretieren und natürlich können sich für andere Rechtsordnungen andere Antworten bezüglich der Frage nach der Rechtsanwendungsgleichheit in der Zeit ergeben. Um es zu illustrieren: Man könnte auf die unionsrechtliche Ebene schauen und zwar auf eine Konstellation, in der die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Unionsrecht Spielräume haben,

die nicht durch die unionsrechtlichen Grundrechte, insbesondere den Gleichheitssatz, eingeengt sind, so dass auf zweiter Stufe im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH die nationalen Grundrechte zur Geltung kommen. Dann mag in einem Mitgliedstaat – anders als in Deutschland, wo Art. 3 Abs. 1 nach hier vertretener Auffassung die Gleichheit in der Zeit nicht schützt –, der Gleichheitssatz die Rechtsanwendung in der Zeit umfassen und folglich auf zweiter Stufe bezogen auf unionsrechtliche Kontexte zum Zuge kommen.

Ich komme zum Unionsrecht. Darf der EuGH sich einer Konkretisierung unionsrechtlicher Rechtsbegriffe entziehen oder ist er verpflichtet, für eine wesentlich gleiche Anwendung respektive eine wesentlich gleiche Auslegung von Unionsrecht zu sorgen? Ich habe das für die Gesetzgebung ausgeführt im letzten Teil meines Referates, These 24, denke aber, dass für die Rechtsprechung des Gerichtshofs *mutatis mutandis* die gleichen Anforderungen und Kriterien gelten sollten. Wenn der Gerichtshof eine unionsrechtliche Norm auslegt, muss er sich die Frage stellen, wie weit er dieses Unionsrecht, das er autonom auslegen darf, auch autonom auslegen muss bzw. inwieweit er den Mitgliedstaaten substanzielle Interpretationsspielräume einräumt mit der Konsequenz einer uneinheitlichen Anwendung des Unionsrechts; und insoweit gelten eben die skizzierten Grenzen.

Grundsätzlich kommt eine Verletzung von Unionsrecht im Vollzug aber nur in Betracht, wenn man sich der verbindlichen Auslegung von Unionsrecht durch den Gerichtshof verweigert. Und daran schließt sich quasi umgekehrt die Frage an, ob bzw. wann es den Mitgliedstaaten unionsrechtlich erlaubt ist, verbindliches Unionsrecht unterschiedlich zu vollziehen. Das führt uns in die Diskussion um das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht und nicht zuletzt zum EU-Beihilfenrecht und der Alcan-Rechtsprechung. Nach der Unionsgerichtsbarkeit liegt es zunächst in den Händen der Mitgliedstaaten, das Unionsrecht nach autonom gestaltbarem Verfahrensrecht zu vollziehen, aber in den Grenzen eines Effektivitätsgebots bzw. Vereitlungsverbots sowie eines Diskriminierungsverbots. Mich überzeugt das vom Gerichtshof postulierte Diskriminierungsverbot weniger als das Effektivitätsgebot, wie es etwa in der Alcan-Rechtsprechung wirksam wird und wo der Wettbewerbsgedanke im Übrigen im Sinne einer Bereichsspezifik durchscheint und mithin der *Gedanke* der hier entwickelten Drei-Stufen-Theorie implizit Niederschlag findet. Denn gerade im Bereich des Beihilfenrechts ist das Abweichen vom Unionsrecht durch Verwaltungsverfahrensrecht besonders inakzeptabel. In anderen Bereichen, ich spreche jetzt mal von Nichtinfizierungsbereichen, in denen keine Wettbewerbssituation besteht, erscheint dies grundsätzlich eher hinnehmbar. Nun zum Diskriminierungsverbot, welches nach dem Gerichtshof besagt, dass das Unionsrecht nicht nachteiliger behandelt werden darf als vergleichbares mitglied-

staatliches Recht. Insoweit bleibt der EuGH zunächst die Begründung eines solchen Diskriminierungsverbots schuldig. Gravierender aber ist, dass, wenn in zwei Mitgliedstaaten das Unionsrecht so behandelt werden muss wie vergleichbares innerstaatliches Recht oder zumindest nicht schlechter, die Behandlung des innerstaatlichen Rechts in den beiden Mitgliedstaaten aber variiert, die Rechtsprechung des Gerichtshofs dazu führt, dass ein Mitgliedstaat das Unionsrecht anders behandeln muss als ein anderer Mitgliedstaat. Das vermag aber kaum zu überzeugen.

Der letzte Fragenblock, auf den ich eingehen möchte, betrifft das unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip. Meine These lautet, dass eine Norm, die den Mitgliedstaaten substanzielle Interpretationsspielräume lässt, deshalb am Subsidiaritätskriterium scheitern kann, weil die notwendige Besser-Prognose aufgrund der Spielräume, die in der Norm enthalten sind, nicht tragfähig ist. Insoweit ist zwar einzuräumen, dass eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips zunächst allein dazu führt, die Norm als unionsrechtswidrig zu qualifizieren; gedanklich ist das aber nur der erste Schritt. In einem zweiten Schritt lässt sich der allgemeine Rechtsgedanke entwickeln, dass die Ausübung unionsrechtlicher Befugnisse nach Regelungen verlangt, die auf hinreichende Einheitlichkeit ausgerichtet sind. Und das kommt in Art. 291 Abs. 2 AEUV gar noch deutlicher zum Ausdruck, wenn es dort heißt, dass die Union bei einem Bedarf nach Einheitlichkeit bei der Durchführung von Unionsrecht ermächtigt ist, entsprechende Durchführungsvorschriften zum Zwecke der Vereinheitlichung des Vollzugs zu erlassen. Und in Verbindung mit dem Subsidiaritätsprinzip lässt sich die Norm schließlich im Sinne eines allgemeinen Rechtsgedankens in einer Weise fruchtbar machen, welche eine Konzeption legitimiert, welche derjenigen entspricht, die das Bundesverfassungsgericht für den Bundesstaat des Grundgesetzes aufgesetzt hat. Das war die angedachte Gedankenführung. Vielen Dank.

Christian Waldhoff: Mit ganz herzlichem Dank an beide Referenten schließe ich die wissenschaftliche Aussprache für den heutigen Nachmittag.

Dritter Beratungsgegenstand:

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

1. Referat von *Annette Guckelberger*, Saarbrücken

Inhalt

I. Einleitung

Im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung nimmt das Thema „Digitalisierung“ einen zentralen Platz ein. Diesem wird sogar ein eigener Abschnitt mit der Überschrift „Auf dem Weg in die digitale Verwaltung“ gewidmet.[1] Von dieser Zukunftsgerichtetheit ausgehend scheint es um die Digitalisierung bzw. „Elektronifizierung“ im Behördenbereich nicht zum Besten bestellt zu sein. Regelmäßig wird E-Government als ein wesentliches Instrument zur Modernisierung der Verwaltung angepriesen. Aber hat es wirklich zu einem Paradigmenwechsel, der hier im umgangssprachlichen Sinne verstanden wird,[2] in Verwaltung und Verwaltungsrecht geführt? Im Folgenden möchte ich zur Beantwortung dieser Frage zunächst den E-Government-Begriff erläutern (II.). Nach einer möglichen Vision des E-Governments vornehmlich aus IT-Perspektive (III.) nehme ich

---

[1] Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, 45. Dazu auch *Veith Mehde* Die verwaltungspolitische Dimension der Koalitionsbildung 2017/18, VM 2018, 63 (65 f.).

[2] Im Sinne eines grundlegenden Denkmusters. Die von *Thomas S. Kuhn* Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1. Aufl. 1973, insbesondere 39 f., 44, 90, 110 f. u. 151, geprägte Begrifflichkeit wurde auf die Wissenschaftstheorie bezogen. E-Government beinhaltet jedoch keine Grundauffassung einer bestimmten Wissenschaftsdisziplin sondern weist Bezüge zu mehreren Disziplinen auf. S. allgemein zum Unterschied zwischen Leitbild und Paradigma *Johanna Braun* Leitbilder im Recht, 2015, 35. Instruktiv zu den verschiedenen Verständnissen des Worts Paradigma auch *Gunnar Hindrichs* Paradigma und Idealtyp, in: Andrea Sakoparnig/Andreas Wolfsteiner/Jürgen Bohm (Hrsg.) Paradigmenwechsel, 2014, 21 ff. Geht man, wie hier, von einem unspezifischen Verständnis des sich aus den beiden Komponenten „Paradigma“ und „Wechsel“ zusammengesetzten Begriffs aus und setzt man Paradigma mit einer Grundannahme gleich, verwundert es nicht, dass je nach Autor bei einem unspezifischen Begriffsverständnis die Anforderungen zur Bejahung eines Paradigmenwechsels mehr oder minder hoch gezogen werden. *Lorenz Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, NVwZ 2018, 1255 (1255) betont, dass Veränderungen in der Verwaltung nicht revolutionär im staatsrechtlichen Sinne sein können. Dabei wird zu wenig berücksichtigt, dass das Wort „Revolution“ als Metapher verwendet wird und in anderen Disziplinen durchaus von „Digitaler Revolution“ die Rede ist, s. *Lutz M. Hagen* Digitale Revolution – Politikwissenschaftlich, in: Staatslexikon, Bd. 1, 8. Aufl. 2017, Sp. 1381 f.

zu dem eher ernüchternden Befund seiner Realisierung Stellung (IV.). Im Anschluss an die Ausführungen zu den Auswirkungen des E-Governments auf die Organisation (V.) und das Verwaltungsverfahren (VI.) werde ich die Folgen für die Kodifikation des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts behandeln (VII.).

II. E-Government: Vorläufer und Bedeutung

Bereits ab Ende der 1950er Jahre befassten sich erste rechtswissenschaftliche Abhandlungen mit der „Technisierung“ und „Automation“ von Verwaltungsentscheidungen.[3] Auslöser war der zunehmende Einsatz von Großrechenanlagen in der Verwaltung zur Erledigung bestimmter massenhaft anfallender Vorgänge,[4] etwa im Bereich des Steuerwesens.[5] Die Ära des E-Governments begann in den 1990er Jahren,[6] also zu einer Zeit, in der sich allmählich leistungsfähigere und kostengünstige PCs sowie die Nutzung des Internets durchsetzten. Unter der Überschrift „Electronic Government“ schlug US-Vizepräsident *Al Gore* 1993 Abhilfemaßnahmen zum Abbau der Rückständigkeit der US-Verwaltung bei den Informati-

---

[3] *Karl Zeidler* Über die Technisierung der Verwaltung, 1959, 18, der derartige Entscheidungen in eine rechtliche und technische Komponente aufteilte und letztere als „Verwaltungsfabrikate“ einordnete. Dagegen für eine einheitliche Sichtweise sowie die Zurechenbarkeit der Maschinenentscheidungen zur Verwaltung aufgrund der vorausgegangenen Programmierung *Hans Peter Bull* Verwaltung durch Maschinen, 2. Aufl. 1964, 67; *Niklas Luhmann* Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, 108 ff.; s. auch *Malte von Berg* Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968, 12 f. S. zu den Anfängen auch *Martin Eifert* Electronic Government, 2006, 313 ff.; *Anna Bettina Kaiser* Intelligente Verwaltungsmaschine – intelligente Maschinen in der Verwaltung: Die Diskussion über die Verwaltungsautomation in den 1950er und 1960er Jahren, in: Peter Collin/Klaus-Gert Lutterbeck (Hrsg.) Eine intelligente Maschine?, 2009, 233 (234 ff.); teils wird zwischen fünf Phasen bei der Nutzung der IKT bis Anfang des Jahrtausends unterschieden, s. *Andreas Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft, in: Dieter Leipold (Hrsg.) Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, 2002, 97 (100 f.) m.w.N.

[4] Die darüber hinaus leicht formalisierbar waren, s. *Thomas Groß* Die Informatisierung der Verwaltung, VerwArch 95 (2004), 400 (401); *Panagiotis Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, 1990, 36.

[5] Vgl. den Überblick mit Nachweisen bei *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 3), 37 ff.; zur Rentenversicherung *Hans Brinckmann/Stefan Kuhlmann* Computerbürokratie, 1990, 53 ff.

[6] Dazu *Gabriele Britz* Elektronische Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 26 Rn. 18; *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 20; *Jan Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren, 2005, 20.

onstechnologien vor.[7] Etwas später wurde dieses Wort als Anglizismus in Deutschland aufgegriffen.[8] Auch wenn diese Begrifflichkeit heute in der Verwaltungssprache oft gebraucht wird,[9] gehen die Meinungen über ihren Bedeutungsgehalt auseinander.[10]

1. Weites und enges Begriffsverständnis von E-Government

Zu den bekanntesten Begriffsumschreibungen gehört die Speyerer Definition von E-Government als „die Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken über elektronische Medien".[11] Diese Definition bringt jedoch zu wenig zum Ausdruck, dass E-Government mehr als die bloße elektronische Nachbildung bestehender Verwaltungsvorgänge ist.[12] Die Spezifika moderner Informations- und Kommunikationstechniken erlauben es, Organisation und Verfahren der Verwaltung auf den Prüfstand zu stellen und insbesondere stärker an den

---

[7] *Al Gore* From Red Tape to Results, Creating a Government That Works Better & Costs Less, Report of the National Performance Review, September 7, 1993, 119 f.

[8] *Andreas Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 65 sowie *Christin Petersen* Die Rechtsprobleme des Electronic Government, 2014, 5 f.; zur Ablösung des Oberbegriffs virtuelle Verwaltung *Groß* Die Informatisierung (Fn. 4), 410.

[9] S. nur *Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 8), § 1 Rn. 65.

[10] *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 20 f.; *Petersen* Die Rechtsprobleme (Fn. 8), 5 f.; *Wolf J. Schünemann* E-Government und Netzpolitik, in: ders./Stefan Weiler (Hrsg.) E-Government und Netzpolitik im europäischen Vergleich, 1. Aufl. 2012, 9 ff.; *Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren (Fn. 6), 21.

[11] *Heinrich Reinermann/Jörn von Lucke* E-Government – Gründe und Ziele, in: dies. (Hrsg.) Electronic Government in Deutschland, 2. Aufl. 2002, 1. Diese Definition hat sich der Berliner Landesgesetzgeber in § 2 Abs. 1 S. 1 BerlEGovG zu eigen gemacht. Hervorzuheben ist des Weiteren die E-Government-Definition im Memorandum des Fachausschusses Verwaltungsinformatik der Gesellschaft für Informatik e.V. und des Fachbereichs 1 der informationstechnischen Gesellschaft im VDE, 2000, 3 als „die Durchführung von Prozessen der öffentlichen Willensbildung, der Entscheidung und der Leistungserstellung in Politik, Staat und Verwaltung unter sehr intensiver Nutzung der Informationstechnik". Beim Mobile Government handelt es sich nach *Bernd W. Wirtz/Daniel Schmitt* Mobile Government: Umsetzung und Entwicklungsperspektiven, VM 2018, 33 (34) um die elektronische Abwicklung von staatlichen Aktivitäten mittels mobiler IKT, um öffentliche Aufgaben effizient und effektiv zu unterstützen.

[12] *Utz Schliesky* Legitimation und Verantwortung im komplexen, arbeitsteiligen Staat, in: Hermann Hill/ders. (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 11 (15). Dazu auch *August-Wilhelm Scheer/Helmut Kruppke/Ralf Heib* E-Government – Prozessoptimierung in der öffentlichen Verwaltung, 2003, 3 f.

Bedürfnissen von Bürgern und Wirtschaft auszurichten.[13] Folglich werden gemäß § 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 E-Government-Gesetz des Bundes (EGovG Bund) die Bundesbehörden vor Einführung sowie bei wesentlichen Änderungen informationstechnischer Systeme zur Optimierung der Verwaltungsabläufe angehalten.[14] Auch der geltende EU-eGovernment-Aktionsplan betont deren Potenzial für die Erleichterung von Verwaltungsverfahren, die Verbesserung der Qualität von Dienstleistungen sowie die Effizienzsteigerung interner Verfahren im öffentlichen Sektor.[15] Dementsprechend versteht *Eifert* unter E-Government den verstärkten Einsatz von Informations- und Kommunikationstechniken zur Verbesserung der Verwaltung.[16]

Die uneinheitliche Verwendung dieses Begriffs lässt sich mit dessen Leitbildcharakter erklären.[17] Leitbilder eröffnen durch ihre Verkürzung Sinn- und Interpretationsspielräume[18] und sollen das Verhalten ihrer Adressaten auf ein Ziel richten.[19] Das Präfix „E“ drückt aus, dass sich die Ver-

---

[13] *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 2 ff.; *Dirk Heckmann* E-Government, in: ders. (Hrsg.) juris PraxisKommentar Internetrecht, 4. Aufl. 2014, Kap. 5 Rn. 1 ff.; *Alexander Roßnagel* Auf dem Weg zur elektronischen Verwaltung – Das E-Government-Gesetz, NJW 2013, 2710 (2710); *Thorsten Siegel* Der virtuelle Verwaltungsakt, VerwArch 105 (2014), 241 (243); *Andreas Voßkuhle* Auf dem Weg zur Online-Demokratie, in: Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk/Kerstin Holzinger/Stefan Leo Frank (Hrsg.) FS Gerhart Holzinger, 2017, 767 (770 f.); *Danny Christian Lau* Kommunale Demokratie 2.0, 2018, 88.

[14] Vergleichbare Landesregelungen finden sich etwa in § 12 Abs. 2 S. 1, Abs. 5 EGovG NRW oder § 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 EGovG BW.

[15] COM(2016) 179 final, 1. In anderen Dokumenten werden dagegen als Synonyme für E-Government die „elektronischen Behördendienste“ (z.B. ErwGrd (10) Richtlinie 2006/86/EG zur Umsetzung der Richtlinie 2004/23/EG, ABl. EU L 294, 33 oder ErwGrd (41) Beschluss Nr. 1639/2006/EG, ABl. EU L 310, 19) oder die „elektronische Verwaltung“ (z.B. Überschrift von Art. 95 Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012, ABl. EU L 298, 49; ErwGrd (86) sowie Überschrift des Art. 147 Verordnung (EU, Euratom) Nr. 2018/1046, ABl. EU L 193, 103) ausgewiesen.

[16] *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 21; für eine Berücksichtigung der qualitativen und dynamischen Anforderungen auch *Heckmann* E-Government (Fn. 13), Kap. 5 Rn. 4. Dieses Verständnis ist unionsrechtlich besser anschlussfähig und liegt im Übrigen auch auf der Linie des Berichts von *Gore* From Red Tape to Results (Fn. 7), 119: „We can design a *customer-driven* electronic government that operates in ways that, 10 years ago, the most visionary planner could not have imagined.“, Kursivhervorhebung durch die Verfasserin.

[17] Zum Leitbildcharakter *Martin Eifert* Electronic Government als gesamtstaatliche Organisationsaufgabe, ZG 2001, 115 (128 f.); *Heinz Schäffer* Verwaltungsinnovation durch E-Government, in: Arthur Benz/Heinrich Siedentopf/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) FS Klaus König, 2004, 495 (515); *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 97 ff.

[18] *Braun* Leitbilder im Recht (Fn. 2), 2.

[19] Eingehend zu den Leitbildern *Braun* Leitbilder im Recht (Fn. 2), 11 ff.; s. auch *Claudio Franzius* Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang

wender möglichst umfassend der elektronischen Informations- und Kommunikationstechniken bedienen sollen.[20] Unschärfen bestehen hinsichtlich der Adressaten des Leitbilds. *Reinermann* und *von Lucke* wollen ihre Speyerer Definition auf alle drei Gewalten erstrecken.[21] Damit würde auch die E-Justice im E-Government aufgehen. Unter dem Terminus E-Justice wird die Digitalisierung gerichtlicher Verfahren[22] durch Vorgaben zur elektronischen Kommunikation mit der Gerichtsbarkeit[23] sowie die Einführung der E-Akte in der Justiz bis spätestens 2026 erörtert.[24] Würden die Behörden ihre Akten in Papierform, die Gerichte dagegen elektronisch führen, würde die mit der Digitalisierung der Justiz angestrebte Verfahrensbeschleuni-

---

Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 23; *Andreas Voßkuhle* Der „Dienstleistungsstaat“ – Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, Der Staat 40 (2001), 495 (508 f.).

[20] S. nur *Petersen* Die Rechtsprobleme (Fn. 8), 8. Dazu, dass das Novum des E-Governments in der umfassenden Ausrichtung auf die Informations- und Kommunikationstechniken in Abkehr von deren bisherigen, punktuellen Hilfsfunktion liegt, *Wolfgang Denkhaus* Vom E-Government zur Digitalisierung, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 1 Rn. 14.

[21] *Reinermann/von Lucke* E-Government (Fn. 11), 1; ebenso *Uwe Berlit* „Nach dem Gesetz ist vor dem Gesetz“ – Regulierungsbedarfe in der elektronischen Justiz, in: Samuel van Oostrom/Stephan Weth (Hrsg.) FS Maximilian Herberger, 2016, 95 (106) sowie *Petersen* Die Rechtsprobleme (Fn. 8), 20.

[22] Zur E-Justice als Kommunikation der Justiz mit Externen und zur Digitalisierung justizinterner Vorgänge *Nadja Braun Binder* in: Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg.) VwGO, 5. Aufl. 2018, § 55a Rn. 1, 4 ff.; *Voßkuhle* Auf dem Weg zur Online-Demokratie (Fn. 13), 772; *Almuth Buschmann/Anne-Christin Gläß/Hans-Henning Gonska/Markus Philipp/Ralph Zimmermann* Die Digitalisierung im Fokus, in: dies. (Hrsg.) Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, 7; *David Jost/Johann Kempe* E-Justice in Deutschland, NJW 2017, 2705 ff.

[23] Seit 2018 können Behörden das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPO) nutzen, s. das in § 55a Abs. 1 VwGO, § 6 Abs. 1 ERVV verwendete „können“ sowie BT-Drucks. 17/13948, 33. Demgegenüber müssen Anwälte ab 2018 das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) nutzen, s. § 31a BRAO. Nachdem das BVerfG, NJW 2018, 288 f. eine wegen nicht ausreichender Sicherheitsvorkehrungen gegen das Postfach eingelegte Rechtssatzverfassungsbeschwerde abgelehnt hatte, wurde dieses kurz darauf aufgrund grundlegender Sicherheitsmängel außer Betrieb genommen und am 3.9.2018 freigeschaltet. Bei der Überprüfung des beA zeigten sich auch unbemerkt gebliebene Sicherheitsmängel des beBPO, die nun beide während des laufenden Betriebs behoben werden sollen. Spätestens ab 2022 müssen Behörden und Anwälte ihre Dokumente der Verwaltungsgerichtsbarkeit elektronisch übermitteln, § 55d S. 1 VwGO, s. auch Sätze 3 und 4 zu vorübergehenden Übermittlungsschwierigkeiten.

[24] § 55b Abs. 1a S. 1 VwGO. Schon jetzt können nach Absatz 1 Satz 1 die Prozessakten elektronisch geführt werden, nach Satz 2 bestimmen die Bundesregierung und die Landesregierungen jeweils für ihren Bereich den Zeitpunkt der elektronischen Führung der Prozessakten, s. dazu *Braun Binder* in: Sodan/Ziekow (Fn. 22), § 55b Rn. 27 ff.

gung sowie Vereinfachung der Kommunikation entwertet.[25] Umgekehrt werden Personen, die zuvor mit der Verwaltung elektronisch kommuniziert haben, Vergleichbares für anschließende Gerichtsverfahren erwarten dürfen.[26] Obwohl es also gute Argumente für eine übergreifende Betrachtung von Behörden- und Gerichtsverfahren gibt,[27] sprechen Gewaltenteilungsgesichtspunkte[28] für eine Ausklammerung der Rechtsprechung. Außerdem setzen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 97 Abs. 1 GG und Art. 103 Abs. 1 GG der Automatisierung von Gerichtsverfahren engere Grenzen.[29]

---

[25] Dazu auch *Benedikt Beckermann* Spezifische Gelingensbedingungen und Chancen der Digitalisierung im Verwaltungsprozess, in: Almuth Buschmann/Anne-Christin Gläß/Hans-Henning Gonska/Markus Philipp/Ralph Zimmermann (Hrsg.) Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, 95 (99 f., 104 f.). Nach dem Vorsitzenden des BDVR *Robert Seegmüller* führte das Zuschicken ausgedruckter Akten des BAMF bei mehr als 100.000 gerichtlichen Rechtsschutzbegehren zu erheblichen Problemen beginnend bei der Menge des zu lagernden Papiers bis hin zur Sortierung und Zuordnung der Akten, s. dazu *Jens Dierolf* Abarbeitung der Asylklagen wird Jahre dauern, STIMME.de vom 7.2.2018, <https://www.stimme.de/deutschland-welt/politik/dw/Abarbeitung-der-Asylklagen-wird-Jahre-dauern;art295,3981865> (Stand 30.10.2018).

[26] S. auch *Wilfried Bernhardt* Schlüsselelemente einer erfolgreichen Digitalisierung der Justiz, in: Almuth Buschmann/Anne-Christin Gläß/Hans-Henning Gonska/Markus Philipp/Ralph Zimmermann (Hrsg.) Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, 21 (30).

[27] *Beckermann* Spezifische Gelingensbedingungen (Fn. 25), 100.

[28] In diese Richtung *Dirk Heckmann* Die elektronische Verwaltung zwischen IT-Sicherheit und Rechtssicherheit, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 131 (138). Dazu, dass die Verwaltung des EDV-Netzes der Hessischen Justiz durch die Hessische Zentrale für Datenverarbeitung allein dann mit der Gewalteteilung vereinbar ist, wenn die Zugriffsrechte der Systemadministratoren streng limitiert sind und sich auf die für das Funktionieren des EDV-Netzes notwendigen Maßnahmen beschränken, BVerfG, NJW 2013, 2102 (2103).

[29] Dazu *Braun Binder* in: Sodan/Ziekow (Fn. 22), § 55a Rn. 1; *Annette Guckelberger* Vollständig automatisierte Verwaltungsakte, in: Samuel van Oostrom/Stephan Weth (Hrsg.) FS Maximilian Herberger, 2016, 397 (398); *Mario Martini/David Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren, DVBl. 2018, 1128 (1135 f.); *Wilfried Bernhardt* Digitalisierung im Spannungsfeld der grundgesetzlichen Kompetenzträger, in: Christian Bär/Thomas Grädler/Robert Mayr (Hrsg.) Digitalisierung im Spannungsfeld von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Recht, Bd. 2, 2018, 1 (5 ff.); *Peter Enders* Einsatz künstlicher Intelligenz bei juristischer Entscheidungsfindung, JA 2018, 721 (723); s. auch *Axel Adrian* Der Richterautomat ist möglich, Rechtstheorie 48 (2017), 77 (80). S. auch die Präambel der Vereinbarung über die Errichtung des E-Justice-Rats und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in der Justiz, Justizministerialblatt Brandenburg 2012, 107 ff., wonach der Rechtsprechung als einer der drei Staatsgewalten im staatlichen Gefüge der Bundesrepublik eine besondere Bedeutung zukommt und den Besonderheiten, die sich daraus sowie aus der verfassungs- und einfachrechtlich garantierten Position der unabhängigen Rechtspflegeorgane ergeben, auch bei der Informationstechnik Rechnung zu tragen ist. Ein weiteres Argument für die Ausklammerung der Rechtsprechung aus dem E-Government-Begriff ist die

Nachfolgend beschränke ich mich auf die Verwaltung, weil mit dem E-Government ein besonderes Optimierungspotenzial für diese verbunden wird.[30] Wenn auch die Regierung regelmäßig vom Governmentbegriff umfasst ist,[31] soll diese angesichts ihrer Eigenständigkeit sowie geringeren rechtlichen Determinierung gegenüber der Verwaltung grundsätzlich ausgeblendet bleiben.[32] Das hier zugrunde gelegte enge Verständnis liegt auf einer Linie mit den regelmäßig an die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit anknüpfenden E-Government-Gesetzen von Bund und mehreren Ländern.[33] Daneben behalten aber selbstverständlich weiter gefasste Begriffsverständnisse durchaus ihre Berechtigung.[34]

2. *Ablösung des E-Governments durch Smart Government?*

In Reaktion auf das Internet der Dinge, bei welchem insbesondere Gegenstände elektronisch miteinander kommunizieren,[35] erweiterten For-

---

gegenüber dem Verwaltungsverfahrensrecht stärkere Durchnormierung des Prozessrechts, s. *Berlit* „Nach dem Gesetz ist vor dem Gesetz" (Fn. 21), 95 (97); *Petersen* Die Rechtsprobleme (Fn. 8), 20 f. Dagegen kann man Tätigkeiten der Gerichtsverwaltung durchaus unter den E-Government-Begriff subsumieren, s. z.B. § 1 Abs. 3 EGovG Bund und die Legaldefinition der Verwaltungsleistungen in § 2 Abs. 3 OZG, s. dazu BT-Drucks. 18/11135, 92; s. auch *Wilfried Bernhardt* Quo Vadis Digitalisierung der Justiz?, JM 2018, 310 (314).

[30] Zum Optimierungspotenzial § 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 EGovG Bund sowie BT-Drucks. 17/11473, 40.

[31] Nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 des Vertrags über die Errichtung des IT-Planungsrats, BGBl. 2010 I 663, steuert der IT-Planungsrat „die Projekte zu Fragen des informations- und kommunikationstechnisch unterstützten Regierens und Verwaltens (E-Government-Projekte)". Des Weiteren wurden in der nicht unumstrittenen Entscheidung des BVerfG, NVwZ 2018, 485 (487 f.) ähnliche Maßstäbe für die Öffentlichkeitsarbeit von Regierung und Verwaltung entwickelt.

[32] Für diese Verengung spricht darüber hinaus, dass das mit dem E-Government verfolgte Modernisierungsanliegen durch Infragestellung und Neukonzeption organisatorischer Strukturen vor allem die Verwaltung betrifft. S. zu den unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäben, BVerfGE 137, 185 (250 Rn. 170); BVerfG, NVwZ 2018, 51 (57), wonach Informationen aus dem Bereich der Vorbereitung von Regierungsentscheidungen mit zunehmender Nähe zu gubernativen Entscheidungen als umso schutzwürdiger anzusehen sind.

[33] In aller Regel enthalten diese spezielle Bestimmungen, wonach auch die Gerichtsverwaltung eingeschlossen und somit an den funktionellen Verwaltungsbegriff angeknüpft wird, s. dazu § 1 EGovG Bund; § 1 EGovG BW; § 1 EGovG SL. Auch Art. 91c Abs. 5 GG beschränkt sich auf den übergreifenden informationstechnischen Zugang zu Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern. Einfachgesetzlich wird dieser Begriff in § 2 Abs. 3 OZG umschrieben. Nach den Materialien BT-Drucks. 18/11135, 92 sollen darunter Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG zu verstehen sein.

[34] Zum weiten Begriffsverständnis *Petersen* Die Rechtsprobleme (Fn. 8), 14 sowie 20.

[35] *Jörn von Lucke* Deutschland auf dem Weg zum Smart Government, VM 2016, 171 (175); s. zum Internet der Dinge auch *Stefan Strohmeier/Dragana Majstorovic/Franca*

scher der Zeppelin-Universität die Speyerer E-Government-Definition hin zum Smart Government (Häfler Definition).[36] Dieses soll die Abwicklung geschäftlicher Regierungs- und Verwaltungsprozesse mithilfe intelligent vernetzter Informations- und Kommunikationstechniken beinhalten und das E-Government mitumfassen.[37]

Von diesem neuen Leitbild ist abzuraten.[38] Das Adjektiv „smart" ist wenig aussagekräftig.[39] Zudem müssen und können nicht sämtliche Informations- und Kommunikationstechniken innerhalb der Verwaltung intelligent vernetzt sein.[40] Überdies ist auf Unionsebene das Leitbild des E-Governments fest etabliert. Selbst wenn dieses vorrangig auf die Analyse und Optimierung bestehender Prozesse abzielt, schließt es auch technologische Neuerungen ein, aus denen die Einstellung bestimmter Tätigkeiten oder deren Wahrnehmung ohne analoges Pendant resultieren.[41] Weil der

---

Piazza/Christian Theres Smart HRM – das „Internet der Dinge" im Personalmanagement, HMD 2016, 838 (839 f.).

[36] *Jörn von Lucke* Wie uns die intelligente Vernetzung zum Leitbild „Verwaltung 4.0" und einem smarten Regierungs- und Verwaltungshandeln führt, Whitepaper 2015; *ders.* Deutschland auf dem Weg (Fn. 35), 176*;* hierzu auch *Christian Djeffal* Leitlinien der Verwaltungsinnovation und das Internet der Dinge, in: Anika Klafki/Felix Würkert/Tina Winter (Hrsg.) Digitalisierung und Recht, 2017, 83 (86); in diese Richtung auch die Überschrift des Berichts von *Julian Hölzel* Vom E-Government zum Smart Government, DVBl. 2017, 1015 (1015).

[37] *Von Lucke* Deutschland auf dem Weg (Fn. 35), 178; *ders.* Smart Government, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 2 Rn. 18. In eine ähnliche Richtung *Labinot Demaj* Smart Government: Die Verwaltung und den Staat der Zukunft denken, Informatik-Spektrum 2018, 123 (124 ff.): Abschied vom Staat als Warenautomat: Digitale Koordinations- und Transaktionsplattformen ersetzen zunehmend öffentliche Intermediäre, zunehmende Ausrichtung am realen statt vermuteten Verhalten gesellschaftlicher Akteure, Einsatz der KI bei Ermessensentscheidungen; s. auch *Andreas Glaser* Einflüsse der Digitalisierung auf das schweizerische Verwaltungsrecht, SJZ 2018, 181 (185); *Hermann Hill* Digitalisierung – Veränderungen und Herausforderungen, in: Jörn von Lucke/Klaus Lenk (Hrsg.) FS Heinrich Reinermann, 2017, 101 (103).

[38] Da die Bundesländer erst allmählich eigenständige E-Government-Gesetze verabschieden, sind die Überlegungen von *Jörn von Lucke* In welcher smarten Welt wollen wir eigentlich leben?, VM 2018, 177 (179) hinsichtlich der Smart-Government-Gesetze jedenfalls momentan verfrüht.

[39] Zur vielfältigen Verwendung *von Lucke* Smart Government (Fn. 37), Kap. 2 Rn. 4, 7.

[40] Zum Unterbleiben von Vernetzungen aus Sicherheitsgründen *Christoph Sorge* Sichere Informationstechnik, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 19 Rn. 9. S. auch *Johann Herzberg* Wird die Bedeutung der eAkte für die Digitalisierung der Verwaltung überschätzt?, VM 2018, 96 (99). Damit gehen Abgrenzungsprobleme zwischen E-Government- und Smart-Government-Projekten einher. Im Übrigen mag das Abstellen auf die „intelligente" Vernetzung bei manchem Assoziationen zur KI hervorrufen, die aber ebenfalls nicht in allen Verwaltungsbereichen einsetzbar sein wird.

[41] Im Ergebnis wie hier *Prell* E-Government (Fn. 2), 1258. Ein weiteres Argument gegen die Aufgabe des E-Governments folgt aus dem nur mäßigen Abschneiden Deutsch-

Begriff des E-Governments schon etwas in die Jahre gekommen ist, findet man zunehmend Begrifflichkeiten, die an die Digitalisierung[42] der Verwaltung anknüpfen.[43] Der in fast allen Lebensbereichen anzutreffende Begriff der Digitalisierung erleichtert die bereichsübergreifende Verständigung.[44]

III. Vision des E-Governments aus IT-Sicht

Spinnt man die momentanen Vorstellungen einer IT-begeisterten Person in ihrer Euphorie bezüglich der Verwaltung weiter, könnten diese wie folgt aussehen: Nach der flächendeckenden Einführung der E-Akte[45] arbeitet die

---

lands in internationalen Vergleichsstudien, s. dazu etwa die Studie eGovernment Monitor 2017, 8, <https://initiatived21.de/app/uploads/2017/10/egovernmentmonitor2017_20171129.pdf> (Stand: 30.10.2018). So im Jahre 2011 *Heinrich Reinermann* Über verwaltungswissenschaftliche Seins- und Sollensaussagen, in: Veith Mehde/Ulrich Ramsauer/Margrit Seckelmann (Hrsg.) FS Hans Peter Bull, 2011, 749 (765); s. auch *Martin Brüggemeier* Grundfragen des Public Management im Lichte der Informationstechnik, in: Jörn von Lucke/Klaus Lenk (Hrsg.) FS Heinrich Reinermann, 2017, 121 (125) zum Fallenlassen des „E", wenn es selbstverständlich geworden ist.

[42] Dazu, dass Informationen in der Digitalisierung binär codiert werden, *Indra Spiecker gen. Döhmann* Kontexte der Demokratie, VVDStRL 77 (2018), 9 (36) m.w.N. Dazu, dass dieser ursprüngliche Begriff der Digitalisierung mittlerweile in einem weiteren Sinne verstanden wird, *Marion Albers* Sicherheitsbehördliche Vernetzung und Datenschutz, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 23 Rn. 8. Nach *Volker Boehme-Neßler* Unscharfes Recht – Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008, 101 sind für die Digitalisierung die Ubiquität, Multimedialität, Virtualität und Vernetzung kennzeichnend. Dazu, dass es sich bei der Digitalisierung um einen Prozess kontinuierlichen Lernens und der Veränderung, technisch wie menschlich, handelt, These 1 von *Thilo Böhmann* zum Workshop „Algorithmen und Verwaltungs(gerichtliche) Kontrolle" im Rahmen der Veranstaltung „Algorithmen und künstliche Intelligenz in der Verwaltung" am 12.10.2018 in Hamburg.

[43] So befasst sich der EU-eGovernment-Aktionsplan 2016–2020, COM(2016) 179 final mit der „Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung". S. auch die im Koalitionsvertrag (Fn. 1) verwendete Formulierung: auf dem Weg zur „digitalen Verwaltung".

[44] Nach *Denkhaus* Vom E-Government zur Digitalisierung (Fn. 20), Kap. 1 Rn. 3 wird damit ein Prozess umschrieben, der im Wesentlichen auf einer intelligenten Vernetzung von Prozessketten und einer durchgängigen Erfassung, Aufbereitung, Analyse und Kommunikation von Daten beruht. Dadurch wird auch ausgedrückt, dass man nicht mehr ganz am Anfang der Elektronifizierung steht, so heißt es in COM(2018) 434 final, 4, die öffentlichen Verwaltungen konnten „den digitalen Wandel unter reellen Bedingungen erproben und den Übergang vom eGovernment zur digitalen Verwaltung beginnen".

[45] Näher zur elektronischen Aktenführung in der Verwaltung *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 75 ff.; *Annette Guckelberger* Elektronische Akten und Akteneinsicht, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Auf dem Weg zum digitalen Staat – auch ein besserer Staat?, 2015, 129 ff.; *Nadja Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, in:

Verwaltung papierlos. Zwischen den Behörden wird beinahe ausschließlich elektronisch kommuniziert. Die Kommunikation mit den Privatrechtssubjekten erfolgt über einen digitalen Verwaltungszugang, über den auch die Antworten der Verwaltung abzuholen sind. Nachdem der Gesetzgeber den Weg für vollautomatisierte Verwaltungsentscheidungen geebnet hat, erlassen IT-Systeme zunehmend vollständig automatisierte Verwaltungsakte.[46] Die Haupttätigkeit der menschlichen Amtswalter besteht in der Programmierung, Überwachung und Anpassung der IT-Systeme. Nur äußerst selten vollziehen sie selbst die Gesetze nach vorheriger Prüfung des Einzelfalls. Dabei stehen ihnen sog. Legal Tech-Anwendungen zur Verfügung,[47] die zur Arbeitserleichterung und Verfahrensbeschleunigung beitragen.[48]

Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 12 Rn. 26 ff. Dazu, dass die E-Akte nicht einfach aus der Nachbildung herkömmlicher Akten, sondern im Hinblick auf die Digitalisierung zukunftsoffener gestaltet werden sollte, *Herzberg* Wird die Bedeutung der eAkte überschätzt? (Fn. 40), 96 ff.

[46] Zum vollständig automatisierten Verwaltungsakt z.B. *Ariane Berger* Der automatisierte Verwaltungsakt – Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35 a VwVfG, NVwZ 2018, 1260 ff.; *Nadja Braun Binder* Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, DÖV 2016, 891 ff.; *Hans Peter Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt, DVBl. 2017, 409 ff.; *Guckelberger* Vollständig automatisierte Verwaltungsakte (Fn. 29), 397 ff.; *Heribert Schmitz/Lorenz Prell* Neues zum E-Government – Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, NVwZ 2016, 1273 ff.; *Thorsten Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens DVBl 2017, 24 ff.; *Ulrich Stelkens* Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG, in: Hermann Hill/Dieter Kugelmann/Mario Martini (Hrsg.) Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung, 2018, 81 ff.

[47] Dazu, dass es keine feststehende Definition für Legal Tech gibt, *Nico Kuhlmann* Legal Tech – Zugang zum Recht im Zeitalter der Digitalisierung, in: Christian Bär/Thomas Grädler/Robert Mayr (Hrsg.) Digitalisierung im Spannungsfeld von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Recht, Bd. 2, 2018, 87 (88); *Jens Wagner* Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898 (898); oft wird Legal Tech auf die Anwaltschaft bezogen. Zu dessen Charakterisierung als „industrialisierte" Rechtsdienstleistungen auf hohem Niveau *Stephan Breidenbach/Florian Glatz* Einführung, in: dies. (Hrsg.) Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, § 1 Rn. 7. *Richard Susskind* Tomorrow's Lawyers, 2. Aufl. 2017, 3, 91 geht davon aus, dass sich in den nächsten Jahrzehnten die juristische Tätigkeit tiefgreifend verändern wird. Zurückhaltender fällt dagegen oft die Einschätzung in Deutschland aus, z.B. *Gabriele Buchholtz* Legal Tech: Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung, JuS 2017, 955 (959); *Matthias Kilian* Die Zukunft der Juristen, NJW 2017, 3043 (3048).

[48] *Buchholtz* Legal Tech (Fn. 47), 959; *Markus Hartung* Gedanken zu Legal Tech und Digitalisierung, in: ders./Micha-Manuel Bues/Gernot Halbleib (Hrsg.) Legal Tech, 2018, 1.1 Rn. 58; s. auch *Wolfgang Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, AöR 142 (2017), 1 (15 ff.) mit Ausführungen zu den Auswirkungen auf die Art und Qualität rechtlicher Aktivitäten.

Weil sich immer größere Datenmengen mithilfe der Informationstechnologien sekundenschnell auswerten lassen,[49] kann die Verwaltung ihre Maßnahmen oft an Echtzeitinformationen ausrichten.[50] Big Data-Analysen werden zur Sichtbarmachung andernfalls verborgen gebliebener Zusammenhänge genutzt,[51] man denke etwa an Software zur Verbrechensprognose für die Polizei (Predictive Policing).[52] Riesige Datenmengen benötigt die Technologie der Künstlichen Intelligenz (KI),[53] deren Systeme aufgrund eines dahinterstehenden Algorithmus aus Datenmaterial selbstständig lernen.[54] Da KI-Systeme zumindest partiell eine dem Menschen vergleich-

---

[49] Eingehend dazu *Wolfgang Hoffmann-Riem,* Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data, in: ders. (Hrsg.) Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, 11 (17).

[50] *Demaj* Smart-Government (Fn. 37), 129 f. Dazu, dass dadurch in bestimmten Bereichen höchstpersönliche Eigenschaften und Umstände stärker berücksichtigt werden können, Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung vom 30.11.2017, 2018, 14, 79 f. Zu den Gefahren aus dem Einsortieren der Menschen *Spiecker gen. Döhmann* Kontexte (Fn. 42), 44 f.

[51] *Matthias Bäcker* Big Data und Sicherheitsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, 167 (167); zu dieser Stärke von Big Data auch *Timo Rademacher* Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, AöR 142 (2017), 366 (389), auf 410 ff. zum Einsatz dieses Instruments bei der Auswertung von Fluggastdaten (§ 4 FlugDaG), zu den verfassungsrechtlichen Bedenken daran *Clemens Arzt* Das neue Gesetz zur Fluggastdatenspeicherung, DÖV 2017, 1023 (1024 ff.).

[52] S. die Antwort der Bundesregierung BT-Drucks. 19/1513. S. dazu auch *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung (Fn. 48), 15. Aktuell wird die Software auf Vorhersagen hinsichtlich Wohnungseinbrüchen ohne Analyse personenbezogener Daten eingesetzt. Allerdings planen einige Bundesländer eine Ausdehnung auf weitere Delikte, *Tobias Singelnstein* Predictive Policing, NStZ 2018, 1 ff. Auch muss die Software so ausgestaltet werden, dass es zu keinem Racial Profiling kommt, s. zu Letzterem OVG Münster, Urt. v. 7.8.2018 – 5 A 294/16, juris. Zur Notwendigkeit rechtlicher Rahmenbedingungen *Spiecker gen. Döhmann* Kontexte (Fn. 42), 45.

[53] Zur KI *Annette Guckelberger* Modifizierung der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit bei „intelligenten" Robotern?, IUTR 2018, 7 (14 ff.); *Manuela Lenzen* Künstliche Intelligenz, 2018; *Thomas Wischmeyer* Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018), 1 ff.; dazu, dass der Begriff der KI nicht klar gefasst und insbesondere das Adjektiv „intelligent" nicht empfehlenswert ist, *Maximilian Herberger* „Künstliche Intelligenz" und Recht, NJW 2018, 2825 (2826 f.).

[54] Nach der Gesellschaft für Informatik, Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik der Gesellschaft für Informatik e.V. im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, unter 3.1. ist ein „lernender" Algorithmus „ein Algorithmus, der durch das Verarbeiten von Daten (und gegebenenfalls anderen Algorithmen) ein Modell trainiert". S. auch *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 3; *Guckelberger* Modifizierung (Fn. 53), 14 f. In den Empfehlungen der Datenethikkommission für die Strategie der Künstlichen Intelligenz der Bundesregierung vom 9.10.2018 wird KI als ein Sammelbegriff für Technologien und ihre Anwendungen verstanden, „die durch digitale Methoden auf der Grundlage potenziell sehr

bare Problemlösungskompetenz besitzen,[55] werden hohe Erwartungen in diese gesetzt.[56] Auf ihr basiert z.B. die intelligente Videoüberwachung unter Nutzung der biometrischen Gesichtserkennung.[57] Auch bedient sich die moderne Verwaltung intelligenter Software-Agenten, die automatisiert Kommunikationsaufgaben übernehmen,[58] sog. Govbots, um Fragen Dritter zu beantworten oder Bürgern bei der Antragstellung zu helfen.[59] Indem sich letztere ebenfalls sprachgesteuerter Assistenzsysteme wie Alexa oder Siri bedienen, erledigen Bots gemeinsam Verwaltungsangelegenheiten, etwa das Ummelden eines Autos.[60]

Die immer leistungsfähigeren Informationstechnologien lösen zunehmend menschliche Behördenbedienstete ab. Diese Entwicklung wird durch die Blockchain-Technologie beschleunigt.[61] Eine Blockchain ist eine dezentral geführte Datenkette, bei der fortlaufend neue Datenblöcke in chronologischer Reihenfolge unveränderbar und nachvollziehbar gespeichert werden.[62] Da die Blockchain infolge ihrer Eigenschaften mindestens

---

großer und heterogener Datensätze in einem komplexen und die menschliche Intelligenz gleichsam nachahmenden Verarbeitungsprozess ein Ergebnis ermitteln, das ggf. automatisiert zur Anwendung gebracht wird".

[55] Zur Unterscheidung zwischen schwacher und starker KI *Guckelberger* Modifizierung (Fn. 53), 14 m.w.N.; s. auch *Roland Heuermann* Wirkungen und Erfolge der Digitalisierung, in: ders./Matthias Tomenendal/Christian Bressem (Hrsg.) Digitalisierung in Bund, Ländern und Gemeinden, 2018, 215 (226).

[56] *Demaj* Smart Government (Fn. 37), 134; s. auch COM (2018) 137 final, 2: eine „der strategisch bedeutendsten Technologien des 21. Jahrhunderts".

[57] *Heuermann* Wirkungen und Erfolge der Digitalisierung (Fn. 55), 230 f.; *Margrit Seckelmann* Einsatz bei der Polizei: Twitter-Nutzung, Online-Streifen, Trojaner, Facebook-Fahndung, Biometriesoftware, (intelligente) Videoüberwachung, Predictive Policing, Body-Cams und Fotodrohnen in: dies. (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 22 Rn. 42 ff.; s. die Antwort der Bundesregierung BT-Drucks. 19/1982, 13, auch allg. 12 ff. zu weiteren Bereichen, in denen KI zurzeit in der Verwaltung eingesetzt wird.

[58] So zur Begriffsbestimmung im Allgemeinen *Meinhard Schröder* Rahmenbedingungen der staatlichen Regulierung von Social Bots, DVBl. 2018, 465 ff.

[59] Dazu etwa *Mario Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung, DÖV 2017, 443 (453); *ders./Nink*, Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1129. Dazu, dass Chatbots Gespräche mit Menschen simulieren *Thomas Köbrich/Oliver Froitzheim* Lass uns quatschen, WRP 2017, 1188 (1188); näher zu Bots und Social Bots *Schröder* Rahmenbedingungen (Fn. 58), 465 ff.

[60] S. auch *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1129.

[61] Dazu auch *Demaj* Smart Government (Fn. 37), 128 f.

[62] *Christian Welzel/Klaus-Peter Eckert/Fabian Kirstein/Volker Jacumeit* Mythos Blockchain: Herausforderung für den öffentlichen Sektor, 2017, 7. Zu dieser Technologie *Ariane Berger* Blockchain – Mythos oder Technologie für die öffentliche Verwaltung?, DVBl. 2017, 1271 ff.; *Jörn Erbguth* Konfliktlösung auf der Blockchain, in: Samuel van Oostrom/Stephan Weth (Hrsg.) FS Maximilian Herberger, 2016, 285 ff.; *Mario Martini/Quirin Weinzierl* Die Blockchain-Technologie und das Recht auf Vergessenwerden, NVwZ 2017,

so vertrauenswürdig wie ein Amtswalter ist, der gewisse Vorgänge prüft und validiert, braucht die Verwaltung öffentliche Register nicht mehr zu führen.[63] Elektronisch gestellte Rechnungen (s. auch § 4a EGovG Bund)[64] werden durch auf Blockchain basierende Zahlungsmittel beglichen. Weil Smart Contracts Vereinbartes selbst ausführen oder durchsetzen,[65] wird auch hierfür kein staatliches Personal mehr benötigt, sondern beispielsweise bei Zahlungsrückständen automatisch per Fernbefehl eine Energieversorgungssperre ausgelöst.[66] Nicht zuletzt können infolge der Ausstattung von Gegenständen mit Sensoren z.B. selbstfahrende Polizeiautos[67] durch Kommunikation mit Ampeln intelligente Polizeiroboter[68] schnellstmöglich zum Einsatzort befördern.

Die Verwirklichung dieser E-Government-Vision ist mit einem grundlegenden Paradigmenwechsel für die Verwaltung verbunden. Auf den ersten Blick ruft sie zwar Assoziationen zur Charakterisierung der Verwaltung als Maschine bei *Max Weber* hervor.[69] Während jedoch bei dessen Konzeption

---

1251 ff. Zu den Manipulationsmöglichkeiten von Blockchains *Martin Heckelmann* Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, 504 (505).

[63] *Berger* Blockchain (Fn. 62), 1271. Zum Vertrauen in Blockchain *Markus Kaulartz* Die Blockchain in der öffentlichen Verwaltung, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 30 Rn. 5 f.; s. auch *Demaj* Smart Government (Fn. 37), 127. S. aber die Bedenken der Bundesregierung in BT-Drucks. 19/3817, 9.

[64] S. die Richtlinie 2014/55/EU über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, ABl. EU L 133, 1 ff.; *Beate Lohmann/Stefan Werres* Neue Vorgaben für die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, VM 2014, 199 ff.; s. auch den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung dieser Richtlinie BT-Drucks. 18/9945, 9, wonach bis 2020 innerhalb der Europäischen Union die elektronische Abrechnung als vorherrschende Methode etabliert werden soll.

[65] *Wagner* Legal Tech (Fn. 47), 901. Näher dazu einschließlich der zu überwindenden Herausforderungen BT-Drucks. 19/3817, 10.

[66] So die Praxis in anderen Ländern, s. dazu *Christoph G. Paulus/Robin Matzke* Smart Contracts und Smart Meter – Versorgungssperre per Fernzugriff, NJW 2018, 1905; s. auch *Heckelmann* Smart Contracts (Fn. 62), 505.

[67] Zum autonomen Fahren etwa *Hoffmann-Riem* Verhaltensteuerung (Fn. 48), 18 f.; *Eric Hilgendorf* (Hrsg.) Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017; *ders.* Automatisiertes Fahren und Recht – ein Überblick, JA 2018, 801 ff.; *Kay Nehm* Autonomes Fahren – Bremsen Ethik und Recht den Fortschritt aus?, JZ 2018, 398 ff.; *Bernd Oppermann/Jutta Stender-Vorwachs* (Hrsg.) Autonomes Fahren, 2017; s. auch *Georg Borges* Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme, NJW 2018, 977 ff.

[68] Allgemein zu intelligenten Robotern ohne Einsatz auf staatlicher Seite *Guckelberger* Modifizierung (Fn. 53), 12 f.

[69] *Max Weber* Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, in: Johannes Winckelmann (Hrsg.) Gesammelte politische Schriften, 3. Aufl. 1971, 306 (332), wonach „die bürokratische Organisation mit ihrer Spezialisierung der Facharbeit, ihrer Abgrenzung der Kompetenzen, ihrer Reglements und hierarchisch abgestuften Gehorsamsverhältnissen" wie eine „lebende Maschine" ist. Zur historischen Entwicklung des Bildes des Staats als

menschliche Amtswalter „in Bureaus“ Papierakten bearbeiteten,[70] eröffnen die heutigen Informations- und Kommunikationstechniken nicht nur andere Möglichkeiten mobilen Arbeitens.[71] Zunehmend ersetzt die Technik Tätigkeiten menschlicher Behördenbediensteter.[72] Aufgrund der Bedeutung der Informations- und Kommunikationstechniken ist insbesondere in den Bereichen Datenschutz und IT-Sicherheit ein Ausbau der Verwaltung zu verzeichnen.[73] Während der Bedarf an IT-Spezialisten und Mitarbeitern

---

Maschine *Horst Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 36 ff.; *Barbara Stollberg-Rilinger* Der Staat als Maschine: Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaates, 1986. Dazu, dass die Verwaltung durch Algorithmen die konsequente Fortentwicklung der Bürokratie als der Versuch der Nachbildung einer Maschine mit Menschen ist, *Basanta Thapa* Thesenblatt zum Workshop „Algorithmische Entscheidungen in der Verwaltung – Innovationspotenziale“ im Rahmen der Veranstaltung „Algorithmen und künstliche Intelligenz in der Verwaltung“ am 12.10.2018 in Hamburg. S. auch *Peter Fleer* Conclusion: Digitization and the Continuities of Change in Administrative Information Processing, Administration & Society 2018, Vol. 50(9), 1335 (1339).

[70] *Max Weber* Wirtschaft und Gesellschaft, Soziologie, Bd. 23, unvollendet 1919–1920, zit. nach Knut Borchardt/Edith Hanke/Wolfgang Schluchter (Hrsg.) Studienausgabe der Max Weber-Gesamtausgabe, 2014, 159; so benennt auch *Prell* E-Government (Fn. 2), 1255 die Schriftlichkeit und tragende Rolle der Amtswalter, die nach für jedermann erkennbaren, demokratisch legitimierten Regeln handeln, als Paradigmen für die analoge Verwaltung.

[71] Zum Mobile Government etwa *Christian Hoffmann* Apps der öffentlichen Verwaltung. Rechtsfragen des Mobile Government, MMR 2013, 631 ff.; *Franz Vetter* Landesverwaltung 21 – eine persönliche Innenansicht, VBlBW 2018, 312 (313 f.); *Wirtz/Schmitt* Mobile Government (Fn. 11), 33 ff.; ISPRAT, Whitepaper zu Mobile Government – Mobiles Regieren und Verwalten in einer mobilen Welt, 6.3.2014, <http://www.isprat.net/fileadmin/downloads/publikationen/ISPRAT_Whitepaper_Mobile_Government.pdf> (Stand 30.10.2018); Fraunhofer-Institut für Offene Kommunikationssysteme, Mobiles E-Government – Heute und Morgen, <https://www.oeffentliche-it.de/documents/10181/14412/Digitale+Mobilit%c3%a4t+Dynamik+im+%c3%b6ffentlichen+Raum+Kurzfassung> (Stand 30.10.2018); s. auch *Thomas Kirchner* Einsatz mobiler Endgeräte zur polizeilichen Aufgabenbewältigung – notwendige Veränderungen im Bereich der Lehre, VM 2017, 261 f.; *Mario Martini/Saskia Fritzsche/Michael Kolain* Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Staat und Verwaltung – Forschungskonzept des Programmbereichs „Transformation des Staates in Zeiten der Digitalisierung“, 2016, 74 f.; *Stephan Schwarz* Apps, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 25.

[72] S. auch *von Lucke* In welcher smarten Welt (Fn. 38), 191. Nach dem Artikel von *Sarah Mühlberger* E-Government: Nie wieder Schlange stehen, brand eins, <https://www.brandeins.de/magazine/brand-eins-wirtschaftsmagazin/2018/service/nie-wieder-schlange-stehen> (Stand 30.10.2018) hat sich die Zahl der Sachbearbeiter in dem beim E-Government bereits weit fortgeschrittenen Kopenhagener Bürgeramt von 160 auf 60 verringert. Zu den Hindernissen der Vollautomatisierung und den Gründen für eine Hybridisierung i.S.e. Zusammenwirkens zwischen Behördenbediensteten und Maschinen *Fleer* Digitization (Fn. 69), 1340: Angewiesensein auf menschliches Input, Output ist menschenbezogen, Notwendigkeit der menschlichen Kontrolle.

[73] Zum Ressourcenbedarf für die Realisierung des Onlinezugangs, aber auch zum Aufbau der FITKO und E-Government-Agentur, Nationaler Normenkontrollrat (NKR), Jahresbericht 2018, 42 f.

mit einem IT-Bezug in der Verwaltung steigt, sinkt allmählich die Zahl der Sachbearbeiter und Verwaltungsjuristen.[74]

IV. Ernüchternder Befund hinsichtlich der E-Government-Realisierung

Wirft man dagegen einen Blick auf den Ist-Zustand der deutschen Verwaltung, schneidet diese im europäischen Vergleich beim E-Government nur mittelmäßig ab.[75] Der Nationale Normenkontrollrat gelangte 2016 zu folgendem ernüchternden Befund: „Wirksames E-Government gibt es in Deutschland de facto nicht, vielmehr eine heterogene und zerklüftete IT- und E-Government-Landschaft mit vielen Insellösungen und einzelnen Leuchttürmen."[76] Weil die Verwaltung ein heterogenes Gebilde,[77] die Finanzkraft der Bundesländer und Kommunen unterschiedlich ist und es immer noch Ortschaften ohne Breitbandausbau gibt,[78] lassen sich momentan keine allgemeinen Aussagen zum Ausmaß des Paradigmenwechsels durch E-Government für die Verwaltung treffen.[79]

---

[74] Dazu auch *Prell* E-Government (Fn. 2), 1258 auch unter Betonung des Angewiesenseins des Staates auf Private in Sachen IT.

[75] Im Bericht über den Stand der Digitalisierung in Europa 2017 – Länderprofil Deutschland, 2, belegte Deutschland unter den 28 Mitgliedstaaten den 11. Platz, bei dem sog. Digital Economy and Society Index im Bereich Digital Public Services erreichte Deutschland sogar nur den 21. Platz, vgl. Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 73), 35; s. auch Abbildungen Capgemini, eGovernment Benchmark, 2017, 34 ff.; *Utz Schliesky* Die Zukunft der öffentlichen Verwaltung DVP 2017, 91 (94) ordnet das aktuelle E-Government sogar als gescheiterte Reformbemühung ein.

[76] Nationaler Normenkontrollrat (NKR), Jahresbericht 2016, 69. Im Jahresbericht 2018 des Nationalen Normenkontrollrates (Fn. 73), 35 heißt es: „Der große Durchbruch und ein flächendeckendes, nutzerfreundliches Onlineangebot aller wichtigen Verwaltungsleistungen sind bisher jedoch nicht gelungen." Nach Fortiss/D21Initiative, eGovernment Monitor 2017, 14 f. sind die Privaten mit den behördlichen E-Government-Angeboten wenig zufrieden und ist deren Nutzung sogar im Vergleich zu den Vorjahren rückläufig. Zur zurückhaltenden Annahme des E-Governments auch *Voßkuhle* Auf dem Weg zur Online-Demokratie (Fn. 13), 772 f. Zum Rückstand Deutschlands beim M-Government *Wirtz/Schmitt* Mobile Government (Fn. 11), 35 ff.

[77] S. nur *Dreier* Hierarchische Verwaltung (Fn. 69), 213 ff.; *Harald Lemke* IT-Einsatz in der öffentlichen Verwaltung, Die Verw. 46 (2013), 123 (126); *Stephan Kirste* Arbeitsteilige Herrschaftsausübung im Kontext der Demokratie – Verwaltungsorganisation zwischen Fragmentierung und differenzierter Legitimierung, VVDStRL 77 (2018), 161 (167).

[78] Nach Deutscher Landkreistag (Hrsg.) Der digitale Landkreis, 2018, 8 sehen 34 % der Landkreise im fehlenden bzw. unzureichenden Breitbandausbau das größte Hemmnis für die Digitalisierung, 29 % beklagen ein fehlendes lückenloses Mobilfunknetz.

[79] S. *Groß* Die Informatisierung (Fn. 4), 402; *von Lucke* Smart Government (Fn. 37), Kap. 2 Rn. 1.

1. Ursachenbündel für den Rückstand beim E-Government

Zu dem Ursachenbündel für den Rückstand beim E-Government gehört die mangelnde Bekanntheit seiner Online-Dienste.[80] Außerdem wird für deren Nutzung oft ein Lesegerät oder eine Software benötigt, deren Besorgung mühsam, möglicherweise sogar kostenpflichtig ist.[81] Hinzu kommen datenschutz- und sicherheitsrechtliche Bedenken.[82] Erinnert sei an Berichte vom März 2018 über ein beinahe einjähriges Eindringen von Hackern in das zentrale Datennetz der Bundesverwaltung.[83] Des Weiteren werden die Beharrungstendenzen in der Verwaltung[84] und teilweise auch deren starke Prägung durch Juristen als Verhinderungsfaktoren ausgemacht.[85] Allerdings sollte man sich vor allzu einseitigen Schuldzuweisungen hüten. Heute stehen viele Juristen Digitalisierungschancen aufgeschlossener gegenüber.[86] Im Übrigen deuten die „Zauberworte" E-Government bzw. Digitalisierung[87] auf die vordergründige Ausrichtung allen Handelns am technisch

---

[80] Fortiss/D21Initiative (Fn. 76), 16, die auch mit der geringen Anzahl jährlicher Behördenkontakte der Bürger zusammenhängen dürfte, dazu *Martini* Transformation der Verwaltung (Fn. 59), 444.

[81] Fortiss/D21Initiative (Fn. 76), 16; dazu auch *Martini* Transformation der Verwaltung (Fn. 59), 449.

[82] Fortiss/D21Initiative (Fn. 76), 16.

[83] Die nur kurz gehaltenen Stellungnahmen dazu gegenüber der Öffentlichkeit, s. etwa die Antwort des Staatssekretärs *Günter Krings* Plenarprotokoll 19/22, 1913 f., sind wenig vertrauensfördernd.

[84] *Hans Peter Bull* Modernisierung der Verwaltung – Wie weit haben wir es gebracht?, in: Jörn von Lucke/Klaus Lenk (Hrsg.) FS Heinrich Reinermann, 2017, 219 (229 f.); *Dirk Heckmann* Perspektiven des IT-Einsatzes in der öffentlichen Verwaltung, Die Verw 46 (2013), 1 (6).

[85] So *Jörn von Lucke* Die Speyerer Schule der Verwaltungsinformatik, in: ders./Klaus Lenk (Hrsg.) FS Heinrich Reinermann, 2017, 31 (45); in diese Richtung auch *Brinckmann/Kuhlmann* Computerbürokratie (Fn. 5), 153 sowie Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 73), 42, welcher bemängelt, dass die Einstellungs- und Beförderungspraxis vieler Bundesministerien zu stark auf Juristen ausgerichtet ist. Dazu, dass für Juristen die zeit- und kostenaufwändige Prozessanalyse ungewohnt ist, *Micha-Manuel Bues* Auswirkungen und Erfolgsfaktoren der Digitalisierung von Kanzleien, in: Markus Hartung/ders./Gernot Halbleib (Hrsg.) Legal Tech, 2018, 1.2 Rn. 89; dazu, dass sich Juristen nicht nur aus Angst vor eigener Funktionslosigkeit gegen die Automatisierung wehren werden, bereits *Luhmann* Recht und Automation (Fn. 3), 52.

[86] Zudem dürften bei den Verwaltungsjuristen angesichts des dem E-Government zeitlich vorgelagerten New Public Managements keine allzu großen Vorbehalte gegenüber Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen von Prozessen bestehen.

[87] *Harald Staun* Die Ideologie der Digitalisierung, FAS v. 25.3.2018, 45 spricht von einer mystischen historischen Kraft des Wortes „Digitalisierung", vor deren Unausweichlichkeit man schon kapituliert hat.

Machbaren hin.[88] Dadurch gerät in Vergessenheit, dass Unions- und Verfassungsrecht, insbesondere die Menschenwürdegarantie, dem Technikeinsatz Grenzen setzen,[89] und nicht alles technisch Machbare auch erstrebenswert ist.[90]

2. *Konsequenzen*

Angesichts des ernüchternden Befundes könnte man dieses Leitbild möglicherweise bei den gescheiterten Reformüberlegungen einreihen.[91] Weil jedoch u.a. das Unionsrecht den Mitgliedstaaten zur Verwirklichung des Binnenmarktes Vorgaben für elektronische Behördendienste macht,[92] ist eine Aufgabe dieses Leitbildes unrealistisch.[93] Vielmehr ist zu überlegen, wie sich die Umsetzung des E-Governments verbessern lässt. Dazu gehört etwa, für eine größere Bekanntheit[94] sowie nutzerfreundlichere Ausgestaltung der Angebote zu sorgen.[95] Aufgrund des Erfahrungswissens der Amtswalter im Hinblick auf den Gesetzesvollzug können diese wertvolle Hinweise für eine sinnvolle Konzeption der Online-Dienste liefern. Andererseits sind sie auf die Änderungen ihres Tätigkeitsfelds vorzubereiten und ggf. fortzubilden.[96] Nachdem bereits zwei Bundesländer Staatszielbe-

---

[88] S. auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht zur sog. intelligenten Videoüberwachung Nr. 47/2017, 6.

[89] S. auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (Fn. 88), 6.

[90] Zutreffend *Bull* Modernisierung der Verwaltung (Fn. 84), 229 ff.; s. auch *von Lucke* In welcher smarten Welt (Fn. 38), 195.

[91] So eine Überlegung von *Schliesky* Die Zukunft (Fn. 75), 94.

[92] S. dazu *Veith Mehde* Der unionale Rahmen von E-Government, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 7. S. neuerdings die neue Verordnung über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors VO (EU) 2018/1724, ABl. EU L 295/1, die gravierende Folgewirkungen haben wird.

[93] Des Weiteren muss sich auch die Verwaltung veränderten gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen stellen, s. *Heckmann* Perspektiven des IT-Einsatzes (Fn. 84), 6; *Martini/Fritzsche/Kolain* Digitalisierung (Fn. 71), 6. Als weiterer Treiber wird der demographische Wandel ausgemacht, s. BT-Drucks. 17/11473, 20. Dazu, dass man auf diese Weise eigenes Steuerungswissen erlangt und durch eigene Nachfrage gewünschte Entwicklungen befördern kann, *Martin Wind* Technisierte Behörden, 1999, 16, 146 f.

[94] *Gunnar Schwarting* E-government – eine kritische Zwischenbilanz, PersV 2018, 84 (87).

[95] S. etwa *Sönke E. Schulz/Christian Hoffmann/Maximilian Tallich* Anreizsysteme und Instrumente zur Nutzen- und Nutzersteigerung im E-Government, Die Verw. 45 (2012), 207 ff.

[96] Dazu *Jürgen Stember/Andreas Spichiger/Wolfgang Eixelsberger/Manfred Wundara* Ergebnisse einer Studie in den Ländern Deutschland, Schweiz und Österreich, in: Jürgen Stember/Wolfgang Eixelsberger/Andreas Spichiger (Hrsg.) Wirkung von E-Government, 2018, 3 (52 f.). In Bereichen der Vollautomatisierung wird oft hervorgehoben, die Amts-

stimmungen zur digitalen Infrastruktur in ihre Verfassungen aufgenommen haben,[97] wird in Hessen Ende Oktober 2018 über eine vergleichbare Verfassungsbestimmung abgestimmt.[98] Außerdem müssen Personen jeden Alters über ausreichende Möglichkeiten zum Erwerb des notwendigen Wissens in Sachen digitaler Technologien samt ihrer Risiken verfügen.[99] Vom Abbau gesetzlicher Schriftform- und persönlicher Erscheinenserfordernisse erhofft man sich Positiveffekte für die Verwirklichung sowie Inanspruchnahme elektronischer Verwaltungsdienste.[100] Schließlich sind die Einhaltung des

---

walter könnten sich dann auf komplexe und anspruchsvolle Aufgaben konzentrieren, etwa *Glaser* Einflüsse (Fn. 37), 189; zur dadurch möglichen Humanisierung der Tätigkeiten *Ralf-Michael Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, 38.

[97] Art. 3a Abs. 2 LVerf BW: Der Staat fördert gleichwertige Lebensverhältnisse, Infrastrukturen und Arbeitsbedingungen im gesamten Land. Nach Art. 14 Abs. 1 Verf SH gewährleistet das Land im Rahmen seiner Kompetenzen den Aufbau, die Weiterentwicklung und den Schutz digitaler Basisdienste sowie die Teilhabe der Bürger/innen an diesen. Dazu, dass es sich hierbei um eine Staatszielbestimmung handelt, LT-Drucks. SH 18/2116, 20 f. S. auch *Christian Hoffmann/Sönke E. Schulz* Schleswig-Holsteins digitale Verfassung – Digitale Basisdienste, elektronischer Zugang zu Behörden und Gerichten und digitale Privatsphäre in der Schleswig-Holsteinischen Landesverfassung, NordÖR 2016, 389 ff. Kritisch gegenüber solchen Anpassungen *Hans Peter Bull* Der „digitale Staat" und seine rechtliche Ordnung, ZRP 2015, 98 ff.

[98] Art. 26d HessVerf-E wurde zwischenzeitlich angenommen: Der Staat, die Gemeinden und Gemeindeverbände fördern die Errichtung und den Erhalt […] der digitalen […] Infrastruktur, Hess. LT- Drucks. 19/5715, 2 f. Ohne solche Staatszielbestimmungen kann nur aus grundrechtlichen Schutzpflichten, ggf. i.V.m. Art. 87f GG, ein Hinwirken auf einen flächendeckend guten Internetzugang entnommen werden. Zur Entbehrlichkeit eines expliziten Grundrechts auf Internet *Kai von Lewinski* Recht auf Internet, RW 2011, 70 (92 ff.); s. auch *Reent Ricklef Reents* Ausbau und Finanzierung einer flächendeckenden Breitbandversorgung in Deutschland, 2016, 229 ff. Zur dogmatischen Konstruktion eines Rechts auf Internet *Anika D. Luch/Sönke E. Schulz* Das Recht auf Internet, 2013, 57 ff. Nach dem aktuellen Koalitionsvertrag der Bundesregierung (Fn. 1), 38, ist anvisiert, für alle Bürger ab 2025 einfachgesetzlich einen Anspruch auf schnelles Internet einzuführen.

[99] Wobei auch deren besondere Bedürfnisse zu berücksichtigen sind. S. auch *Voßkuhle* Auf dem Weg zur Online-Demokratie (Fn. 13), 783; *Gabriele Buchholtz* Demokratie und Teilhabe in der digitalen Zeit, DÖV 2017, 1009 (1015 f.), wobei sich beide auf die von den neuen Medien ausgehenden Gefahren für die Demokratie beziehen. S. insb. zur Schulbildung *Buchholtz* ebd., 1016; *Klaus Ferdinand Gärditz* Der digitalisierte Raum des Netzes als emergente Ordnung und die repräsentativ-demokratische Herrschaftsform, Der Staat 54 (2015), 113 (137). Um die Voraussetzungen diesbezüglicher Finanzhilfen des Bundes zu schaffen, ist eine Änderung von Art. 104c GG geplant, s. BT-Drucks. 19/3440, 10. Zu überlegen ist auch, wo E-Government- und E-Justice-Kompetenzen im rechtswissenschaftlichen Studium verortet werden können, dazu *Bernhardt* Schlüsselelemente (Fn. 26), 39; *Enders* Einsatz künstlicher Intelligenz (Fn. 29), 727. Dazu, dass sie jedenfalls zu etablieren sind, *Herberger* „Künstliche Intelligenz" (Fn. 53), 2828.

[100] S. aktueller Koalitionsvertrag (Fn. 1), 45; zu den Schriftformerfordernissen als Hinderungsgrund für das E-Government *Prell* E-Government (Fn. 2), 1256 f.

Datenschutzes sowie eine ausreichende Daten- und IT-Sicherheit für die Annahme des E-Governments seitens der Bürger unerlässlich.[101]

E-Government ist zunächst einmal zeit- und ressourcenaufwändig.[102] Weil angesichts unterschiedlicher Fähigkeiten und IT-Ausstattung der Bevölkerung in den allermeisten Bereichen aus verfassungsrechtlichen Gründen[103] traditionelle Zugänge zur Verwaltung fortbestehen müssen, können sich die Potenziale der Informations- und Kommunikationstechniken momentan nicht voll entfalten.[104] Dadurch bleibt aber auch das „menschliche Antlitz" der Verwaltung erhalten[105] und es wird berücksichtigt, dass sich beispielsweise im Gespräch Missverständnisse besser ausräumen lassen.[106]

3. *Übergreifender informationstechnischer Zugang zu Verwaltungsleistungen*

Weil im Bereich der Online-Angebote der Verwaltung ein unübersichtlicher „digitale[r] Flickenteppich" entstanden ist,[107] wurde Art. 91c GG im Juli 2017 ein fünfter Absatz hinzugefügt.[108] Dieser enthält den Auftrag, den übergreifenden informationstechnischen Zugang zu Verwaltungsleistungen

---

[101] S. auch *Martini* Transformation der Verwaltung (Fn. 59), 446.

[102] *Voßkuhle* Auf dem Weg zur Online-Demokratie (Fn. 13), 772; s. auch *Marc Schardt* Der IT-Planungsrat – Zentrum der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung?!, VM 2017, 227 (230). S. auch COM(2018) 39 final, 11 f., wonach nicht alle für den elektronischen Vollzug des neuen Zollkodex benötigten 17 IT-Systeme bis 2020 einsatzbereit sein werden, weil man die Komplexität dieser Aufgabe und die Kosten, aber auch den Anpassungsbedarf der IT-Systeme an ein zwischenzeitliches Sicherheitsupgrade unterschätzt habe. Dazu, dass manchmal die Implementierung einer technischen Lösung bis zur Anwendungsreife in der Praxis durch aktuelle technische Entwicklungen in Bedrängnis geraten kann, *Brinckmann/Kuhlmann* Computerbürokratie (Fn. 5), 10.

[103] *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 41 ff.; *Hanno Kube* Neue Medien – Internet, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.) HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 91 Rn. 70. S. zu Überlegungen in Bezug auf Zugangsverengungen *Annette Guckelberger* Der Übergang zur (ausschließlich) elektronischen Gesetzesverkündung, 2009, 99 ff.

[104] Nach Art. 14 Abs. 2 S. 1 Verf S-H sichert das Land im Rahmen seiner Kompetenzen einen persönlichen, schriftlichen und elektronischen Zugang zu seinen Behörden und Gerichten.

[105] *Ariane Berger* Digitales Vertrauen – Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Perspektive, DVBl. 2017, 804 (806).

[106] *Guckelberger* Vollständig automatisierte Verwaltungsakte (Fn. 29), 405.

[107] *Martini/Fritzsche/Kolain* Digitalisierung (Fn. 71), 8. *Daniel Rüscher* Der digitale Zugang der Bürger zum Staat durch das Onlinezugangsgesetz, DVBl. 2017, 1530 (1530) bezeichnet den bisherigen Zustand als „Wildwuchs".

[108] Gesetz v. 13.3.2017, BGBl. I 2347.

von Bund und Ländern durch Bundesgesetz zu regeln.[109] Entgegen anderslautender Stimmen[110] wird auch die Zusammenführung erst noch zu digitalisierender Verwaltungsleistungen im Portalverbund erlaubt.[111] Nach § 1 Abs. 1 Onlinezugangsgesetz (OZG) müssen Bund und Länder ihre Verwaltungsleistungen, das sind derzeit rund 575 Anliegen,[112] spätestens Ende 2022 elektronisch anbieten.[113]

Jedoch fallen die Zeitschienen für den Onlinezugang sowie die verpflichtende Einführung der E-Akte in der Verwaltung nach Maßgabe der E-Government-Gesetze teils auseinander. Mancherorts sollen die Behörden die E-Akte erst bis 2025 einführen.[114] Oftmals werden die Gemeinden und Landkreise sogar ganz von derartigen Zeitvorgaben ausgenommen.[115] Keine Probleme entstehen, wenn man mit dem Bundesrat der Auffassung ist, dass aus dem OZG keine Verpflichtungen für Kommunen und Kreise

---

[109] Richtigerweise handelt es sich dabei um einen Regelungsauftrag, s. etwa *Christoph Gröpl* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, 2018, Art. 91c Rn. 53 (2018); *Mario Martini/Cornelius Wiesner* Art. 91c Abs. 5 GG und das neue Zugangsregime zur digitalen Verwaltung – Quantensprung oder zu kurz gesprungen?, ZG 2017, 193 (197); *Thorsten Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund – Das neue Onlinezugangsgesetz, DÖV 2018, 185 (187); *Werner Heun/Alexander Thiele* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 91c Rn. 7.

[110] *Martini/Wiesner* Art. 91c Abs. 5 GG (Fn. 109), 200 ff.; *Kay Ruge* in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl. 2018, Art. 91c Rn. 45.

[111] Dies legen bereits Sinn und Zweck dieser Neuerung nahe. Zu den Argumenten *Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund (Fn. 109), 187; *Gröpl* in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 91c Rn. 58 ff.; *Margrit Seckelmann* in: Karl-Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2018, Art. 91c Rn. 56 (2018); *Thomas Wischmeyer* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 91c Rn. 33.

[112] Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 73), 36 f.

[113] Ausweislich der Materialien ergeben sich aus dem Gesetz aber keine subjektiven Rechte, BT-Drucks. 18/11135, 91; *Utz Schliesky/Christian Hoffmann* Die Digitalisierung des Föderalismus, DÖV 2018, 193 (196). Auch wenn sich aus Art. 91c Abs. 5 GG kein bestimmtes Datum entnehmen lässt, sollte jedoch richtigerweise beachtet werden, dass diese Verfassungsbestimmung mit dem Wort „Zugang" über den Bereich der Verwaltung hinausweist. Zu den Zweifeln, ob sich dieses Ziel angesichts der dafür notwendigen Ressourcen tatsächlich erreichen lässt, Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 73), 38.

[114] Gem. § 6 S. 1 EGovG Bund ab 2020; gem. § 6 Abs. 1 S. 1 EGovG BW u. § 6 S. 1 EGovG Brem ab 2022; gem. § 7 Abs. 1 S. 1 EGovG Bln ab 2023; gem. § 5 Abs. 1 S. 1 EGovG SL ab 2025.

[115] S. Art. 7 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BayEGovG; § 9 Abs. 3 S. 3 EGovG NRW; § 6 Abs. 2 EGovG BW, sowie LT-Drucks. BW 15/7724, 55. Zur disparaten Rechtslage auch *Benedikt Beckermann* E-Government-Gesetzgebung im Vergleich, VM 2018, 167 (170).

folgen sollen.[116] Diese Ansicht ist aber abzulehnen. Gemeinden und Kreise sind regelmäßig die ersten Anlaufstellen für die Bürger und gehören staatsorganisationsrechtlich zu den Ländern.[117] Allerdings müssen unverhältnismäßige Eingriffe in ihre Organisationshoheit aus Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG durch das OZG unterbleiben.[118] Insgesamt belegen die soeben erwähnten Regelungen den Willen zur Beschleunigung der Digitalisierung, deren Umsetzung aber oftmals noch Zeit benötigt.

V. Organisationsrechtliche Auswirkungen

1. Koordinierung der IKT in der Verbundverwaltung

Damit die elektronische Kommunikation in der heutigen Verbundverwaltung[119] gelingen kann, bedarf es der Verständigung auf gewisse einheitliche technische Standards.[120]

a) Zusammenwirken von Bund und Ländern bei informationstechnischen Systemen

Bereits anlässlich der Föderalismusreform 2009[121] wurde mit Art. 91c Abs. 1–4 GG eine Vorschrift über das Zusammenwirken von Bund und Ländern bei informationstechnischen Systemen aufgenommen.[122] Die Ver-

---

[116] BT-Drucks. 18/11135, 138. S. auch *Ariane Berger* Die Digitalisierung des Föderalismus, DÖV 2018, 799 (806), wonach die Länder durch eigene Ausführungsgesetze zum OZG die Kommunen in die Pflicht nehmen müssen.

[117] *Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund (Fn. 109), 187 f.; *Gröpl* in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 91c Rn. 65 ff.; s. auch *Rüscher* Der digitale Zugang (Fn. 107), 1532 f. Enger *Beckermann* E-Government-Gesetzgebung (Fn. 115), 169, wonach die Kommunen nur hinsichtlich der Ausführung von Bundesrecht verpflichtet werden.

[118] Für eine verfassungskonforme Auslegung des OZG *Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund (Fn. 109), 188 f.; in diese Richtung auch *Gröpl* in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 91c Rn. 69 f.; *Ruge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 110), Art. 91c Rn. 50; *Seckelmann* in: Friauf/Höfling (Fn. 111), Art. 91c Rn. 57.

[119] S. etwa *Markus Winkler* Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, 2009, 31; s.a. *Thorsten Siegel* Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, 11 ff., 381 f.

[120] S. nur *Utz Schliesky* Der bundesrechtliche Rahmen und die Kooperationstatbestände, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 8 Rn. 8.

[121] Gesetz v. 29.7.2009, BGBl. I 2248; zur Verankerung der IT im Grundgesetz *Dirk Heckmann* Die elektronische Verwaltung (Fn. 28), 131; *Seckelmann* in: Friauf/Höfling (Fn. 111), Art. 91c Rn. 7.

[122] BT-Drucks. 16/12410, 3*; Heun/Thiele* in: Dreier (Fn. 109), Art. 91c Rn. 1 sowie zum Zusammenwirken Rn. 6, 26. Damit wurden Abstimmungen aus früheren Zeiten, die teilweise vor dem Hintergrund des Verbots der Mischverwaltung auf tönernen Füßen standen, auf ein verfassungsrechtlich abgesichertes Fundament gestellt. S. zu zwingenden Soft-

fassungsbestimmung signalisiert die Erwünschtheit eines solchen Zusammenwirkens[123] und legt den Rahmen fest, um sich u.a. auf gemeinsame Interoperabilitäts- und Sicherheitsstandards für eine ebenenübergreifende digitale Kommunikation zu verständigen.[124] Zum dauerhaften planvollen Zusammenwirken[125] wurde auf Grundlage eines Staatsvertrages[126] der IT-Planungsrat geschaffen. Diesem gehören der Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik (BfIT) sowie vergleichbare Pendants aller Länder an (§ 1 Abs. 2 S. 1 IT-StV).[127] Angesichts der Komplexität und langwieriger Abstimmungen[128] beschloss der IT-Planungsrat bislang nur eine überschaubare Zahl verbindlicher Standards.[129] Zu seiner Stärkung soll ihn deshalb künftig anstelle der Geschäftsstelle des Bundesinnenministeriums (§ 2 Abs. 1 S. 1 IT-StV) eine Anstalt des öffentlichen Rechts für die föderale IT-Kooperation (FITKO) in gemeinsamer Trägerschaft unterstützen.[130]

---

warevorgaben des Bundes an die Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften BVerfGE 119, 331 (374). Dazu, dass die IT als Querschnittsmaterie auch Entscheidungsinhalte beeinflussen und Entscheidungsspielräume einengen kann, *Thorsten Siegel* E-Government im Grundgesetz: Die Neuregelung des Art. 91c GG, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 337 (342); zur verfassungsrechtlich notwendigen Legitimation hinsichtlich der nach Art. 91c Abs. 2 S. 2 GG für überstimmte Mitglieder bindende Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit *Wischmeyer* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 111), Art. 91c Rn. 5.

[123] *Wischmeyer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 111), Art. 91c Rn. 3.

[124] BT-Drucks. 16/12410, 7 ff.; *Seckelmann* in: Friauf/Höfling (Fn. 111), Art. 91c Rn. 1.

[125] BT-Drucks. 16/12410, 8.

[126] Vertrag über die Errichtung des IT-Planungsrats und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in den Verwaltungen von Bund und Ländern, BGBl. 2010 I 662 ff. Dazu, dass § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IT-StV sich aus verfassungsrechtlichen Gründen auf die zwischenbehördliche Kommunikation beschränken muss, *Raoul André Kirmes* Informelle technische Vorschriften und Wettbewerb, 2014, 312 f.

[127] Nach § 1 Abs. 2 S. 3 IT-StV können drei Vertreter der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit beratend an den Sitzungen teilnehmen.

[128] S. näher zu den diversen Ursachen *Schardt* Der IT-Planungsrat (Fn. 102), 229; *Sönke E. Schulz* Kommunal-staatliches E-Government aus organisatorischer Perspektive, NWVBl. 2017, 54 (59).

[129] *Schardt* Der IT-Planungsrat (Fn. 102), 229.

[130] *Gröpl* in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 91c Rn. 28. Dazu muss der IT-Staatsvertrag geändert werden, der jedoch im Hinblick auf den Kernbereich der Exekutive als Ermöglichungsmodell ausgestaltet wird, s. den Ergebnisbericht für den IT-Planungsrat, Föderale IT-Kooperation (FITKO), Projektphase 4 Umsetzung, Stand: 26.8.2016, 31, s. auch auf S. 56 zum neuen § 5 IT-Staatsvertrag, wonach der Planungsrat durch einstimmigen Beschluss eine gemeinsame Einrichtung in Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts errichten kann. S. zur Verfassungsmäßigkeit auch *Utz Schliesky/Florian Kuhlmann/*

b) *Ressortübergreifende IKT-Abstimmung auf Bundesebene*

Für eine medienbruchfreie Kommunikation bedarf es außerdem ressortübergreifender Abstimmungen.[131] Obgleich Art. 91c GG nur die föderale IT-Kooperation betrifft,[132] ergibt sich daraus indirekt das Gebotensein ressortübergreifenden Zusammenwirkens.[133] An verfassungsrechtliche Grenzen stößt dieses erst, wenn die IT die Wahrnehmung spezifischer Sachaufgaben unmittelbar beeinflussen kann.[134] Bis dato ist die ressortübergreifende Koordinierung auf Bundesebene gesetzlich kaum ausgestaltet. Ende Juni 2018 tagte erstmals das sog. Digitalkabinett. Weil dieses jedoch nur ein Kabinettsausschuss zur Vorbereitung digitalpolitischer Themen ist, entscheidet letztverantwortlich die Regierung, die in Sachen Digitalisierung überdies durch Expertengremien, wie den Digitalrat, beraten wird.[135]

Jakob Tischer/Sönke E. Schulz Föderale IT-Kooperation (FITKO), Projektphase 4 – Umsetzung – Ergänzende verfassungsrechtliche Prüfung, Stand: 26.8.2018, 74 ff. Dazu, dass die FITKO erst 2020 voll einsatzfähig ist, sowie zu den Bedenken an deren ausreichender personeller Ausstattung Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 73), 38, 42.

[131] Näher zu diesem Themenkreis *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 360 ff.; *Frauke Brosius-Gersdorf* Verfassungsrechtliches Ressortprinzip als Hindernis staatlicher Innovationen?, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Innovationen im und durch Recht, 2010, 23 ff.; dazu auch *Stefanie Köhl/Klaus Lenk/Stephan Löbel/Tino Schuppan/Anna-Katharina Viehstädt* (Hrsg.) Stein-Hardenberg 2.0 – Architektur einer vernetzten Verwaltung mit E-Government, 2014, 84 ff.

[132] Mit Ausnahme des Art. 91c Abs. 3 GG.

[133] Wie hier auch *Brosius-Gersdorf* Verfassungsrechtliches Ressortprinzip (Fn. 131), 45 f., da ohne eine solche ein föderales Zusammenwirken kaum möglich wäre. Im Ergebnis rekurriert *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 368 ff. auf das Kabinettsprinzip mit Beurteilungsspielraum, wenn der IKT-Einsatz zugleich erhebliche Zwänge für andere Ressorts auslöst.

[134] S. auch *Brosius-Gersdorf* Verfassungsrechtliches Ressortprinzip (Fn. 131), 47 f., welche zutreffend eine Aufweichung des Ressortprinzips unter Rekurs auf das Wirtschaftlichkeitsgebot ablehnt. Kritisch *Köhl/Lenk/Löbel/Schuppan/Viehstädt* Stein-Hardenberg 2.0 (Fn. 131), 89 f. Zu den Grenzen auch *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 360 ff.

[135] S. dazu eingehend die Antwort der Bundesregierung BT-Drucks. 19/4096. Die Ausschusskonstruktion dürfte darauf zurückgehen, dass dem Digitalkabinett auch drei nicht zur Regierung i.S.d. Art. 62 GG gehörende Mitglieder angehören. Daher den Begriff Kabinettsausschuss anzweifelnd, *Florian Meinel* Organisation und Kontrolle im Bereich der Regierung, DÖV 2015, 717 (721), der in diesem Zusammenhang auch auf andere verfassungsrechtliche Fragen derartiger Ausschüsse eingeht. Dazu, dass Kabinettsausschüsse an die „Grenze der Verfassungswidrigkeit" geraten, *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Aufl. 1998, 247. S. zu den Kabinettsausschüssen auch *Volker Busse* Die Kabinettausschüsse der Bundesregierung, DÖV 1993, 413 ff.; BVerfGE 137, 185 (237); *Steffen Detterbeck* in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.) HStR III, 3. Aufl. 2005, § 66 Rn. 63 f. S. Näheres zum Digitalrat in der Antwort der Bundesregierung in BT-Drucks. 19/4642.

Neben diversen anderen Abstimmungsgremien[136] ist beim BMI der Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik angesiedelt.[137] Diesem obliegt u.a. die Ausarbeitung und Umsetzung der E-Government-, IT- und IT-Sicherheitsstrategie der Bundesregierung.[138] Die einstigen Zuständigkeiten des BMI für die IT-Steuerung des Bundes, die Geschäftsstelle des IT-Rats sowie die Gemeinsame IT des Bundes gingen aufgrund eines Organisationserlasses vom März 2018 auf das Kanzleramt über.[139] Dort gibt es nun eine Staatsministerin, welche als Beauftragte der Bundesregierung für Digitalisierung tätig ist.[140] Es bleibt abzuwarten, ob angesichts der dadurch geschaffenen Nähe zur Richtlinienkompetenz der Kanzlerin (Art. 65 S. 1 GG) die digitale Verwaltung besser voranschreitet oder die Abstimmung insbesondere aufgrund zweier Beauftragter der Bundesregierung mit ähnlichem Tätigkeitsfeld noch komplizierter wird.[141]

---

[136] Zu nennen ist u.a. der IT-Rat bestehend aus den IT-Beauftragten der Ressorts, der in § 8 Abs. 1 S. 2 BSIG sowie in § 10 S. 1 EGovG Bund erwähnt und in der zuletzt genannten Vorschrift als „Rat der IT-Beauftragten der Bundesregierung“ umschrieben wird. S. auch Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, Die Ausgestaltung des Amtes eines Chief Information Officers, WD 3 – 3000 – 112/14, 4; s. auch *Kirmes* Informelle technische Vorschriften (Fn. 126), 332. Daneben gibt es die IT-Steuerungsgruppe, zu deren Mitgliedern neben der Beauftragten der Bundesregierung für Digitalisierung der Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik, der Haushaltsstaatssekretär des BMF sowie der Staatssekretär des BMWi gehören, dazu auch *Kirmes* ebd., 333.

[137] BT-Drucks. 19/2270, 5, dessen Tätigkeit von einem Staatssekretär im BMI wahrgenommen wird, beruhend auf einem Beschluss der Bundesregierung vom 5.12.2007.

[138] Näher zu seinem Aufgabenspektrum BT-Drucks. 19/2270, 5.

[139] BGBl. 2018 I 374.

[140] Diese unterstützt die Bundeskanzlerin und den Chef des Bundeskanzleramts bei der Koordinierung der Regierungstätigkeit, BT-Drucks. 19/2270, 5. S. auch *Mehde* Koalitionsbildung (Fn. 1), 69.

[141] Zur Ungewöhnlichkeit der Verortung einer Staatsministerin beim Bundeskanzleramt *Böckenförde* Die Organisationsgewalt (Fn. 135), 230. Dazu, dass die Staatsministerin eine integrierende Betrachtung der Digitalisierung aller Lebensbereiche anstellen und als Enabler, Promoter und Treiber wirken, der BfIT sich dagegen stärker um die Umsetzung der Digitalisierung in der Verwaltung kümmern und auf diese Einfluss nehmen soll, *Sirko Hunnius/Dirk Stocksmeier/Stephan Löbel/Tino Schuppan* (Hrsg.) Digitalisierungsministerium oder Staatsminister?, SHI 2017, 25 f., 33, *dies.* auf S. 34 zur Richtlinienkompetenz und auf S. 14 zu Stimmen (auch aus der Privatwirtschaft), wonach diese beiden Rollen in einer Person zu vereinen sind. Nach *Günter Püttner* Das Beauftragtenwesen in der öffentlichen Verwaltung, in: Arthur Benz/Heinrich Siedentopf/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) FS Klaus König, 2004, 231 ff. wird durch Beauftragte signalisiert, dass man sich eines Problems annimmt. Jedoch können die Beauftragten infolge mangelnder Ressourcen und Fremdkörperstellung innerhalb der Verwaltung nicht immer die erwünschten Erfolge erreichen. S. auch *Julia Kruse* Der öffentlich-rechtliche Beauftragte, 2007, 154 f.

c) *IKT-Abstimmung in den Bundesländern*

Auch in allen Bundesländern gibt es in unterschiedlicher Ausgestaltung Beauftragte für Informationstechnologien[142] sowie Gremien für ressortübergreifende Abstimmungen.[143] Darüber hinaus finden sich auf Landesebene Kooperationsräte oder -ausschüsse für das Zusammenwirken mit den Kommunen.[144] Einige Länder haben inzwischen einzelne Abstimmungsmechanismen in ihren E-Government-Gesetzen ausgeformt.[145] Derartige Regelungen führen zu einer ganzheitlicheren Betrachtung,[146] mehr Transparenz und erleichtern die Entstehung von Routinen bei den Abstimmungsprozessen.[147]

2. *Änderung der Zuständigkeiten infolge der IKT*

Was die Behördenzuständigkeiten anbetrifft, wurde deren Zuschnitt zu analogen Zeiten vielfach daran ausgerichtet, dass die Privatrechtssubjekte die Verwaltung bequem erreichen können und umgekehrt.[148] Weil sich mit-

---

[142] Meistens wird dieses Amt durch Staatssekretäre beim Innen- oder Finanzministerium ausgeübt, in Bayern sogar bislang durch den Finanz- und Heimatminister und in Hessen durch den Finanzminister. Dazu auch *Beckermann* E-Government-Gesetzgebung (Fn. 115), 172. Seit den Neuwahlen 2018 gibt es in Bayern und Hessen Digitalministerien.

[143] Z.B. IT-Rat in Baden-Württemberg, § 20 EGovG BW; IKT-Lenkungsrat in Berlin § 22 EGovG Bln; Koordinierungsgremium in Sachsen, § 17 Abs. 1 S. 1 SächsEGovG.

[144] Z.B. IT-Kooperationsrat in Baden-Württemberg, § 23 EGovG BW; Lenkungsausschuss E-Government in Mecklenburg-Vorpommern, § 17 EGovG M-V; IT-Kooperationsrat in Nordrhein-Westfalen, § 21 EGovG NRW; IT-Kooperationsrat im Saarland, § 19 EGovG SL; Sächsischer IT-Kooperationsrat, § 18 SächsEGovG.

[145] Auf jeden Fall bedarf es für Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und Gemeindeverbände (Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG) einer solchen Regelung. Zur Signalwirkung derartiger Vorgaben einschließlich der Möglichkeit, den Gremienentscheidungen rechtsverbindliche Wirkung zu verleihen, *Sönke E. Schulz* Der landesrechtliche Rahmen von E-Government, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 9 Rn. 29. Dazu, dass sich durch Recht organisatorische Strukturen für eine effektive Wahrnehmung praktischer Steuerungsaufgaben schaffen lassen, *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 45. Zur Bedeutung des informationellen Verwaltungsorganisationsrechts auch *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 99 sowie 107. Andere Bundesländer halten sich dagegen bei der Verrechtlichung aus Flexibilitätsgründen zurück.

[146] Zur Notwendigkeit einer ganzheitlichen Betrachtung *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 115.

[147] Dazu, dass Rechtsvorschriften ein wichtiges Koordinationsmittel durch Bereitstellung verfahrensrechtlicher Abstimmungsvorgaben bilden, *Günter Püttner* Verwaltungslehre, 4. Aufl. 2007, § 9 Rn. 29.

[148] S. nur *Utz Schliesky* Einführung: Die Vermessung des virtuellen Raumes, in: Hermann Hill/ders. (Hrsg.) Die Vermessung des virtuellen Raums – Evolution des Rechts- und Verwaltungssystems III, 2012, 9 (11 ff.).

hilfe der Informations- und Kommunikationstechniken Verwaltungsangelegenheiten ortsunabhängig abwickeln lassen,[149] geraten allmählich die Veränderungspotenziale des E-Governments für behördliche Zuständigkeiten oder die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden ins Visier.[150] Neben den sich aus Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG ergebenden Grenzen[151] bedarf es zur Absicherung rechtsstaatlicher Verantwortlichkeit und aus Gründen demokratischer Legitimation klarer Zuständigkeiten.[152] Nach meiner Einschätzung hat das E-Government in dieser Hinsicht noch zu keinen grundlegenden Änderungen geführt.[153] Weil zur Vermeidung der Nachteile einer digitalen Spaltung traditionelle Zugangswege zur Verwal-

---

[149] *Schliesky* Einführung: Die Vermessung des virtuellen Raumes (Fn. 148), 14 f.; s. auch *Alexander Roßnagel* Möglichkeiten für Transparenz und Öffentlichkeit im Verwaltungshandeln – unter besonderer Berücksichtigung des Internets als Instrument der Staatskommunikation, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 257 (326).

[150] S. einerseits *Schliesky* Einführung: Die Vermessung des virtuellen Raumes (Fn. 148), 17 f. (als eine Alternative zu kommunalen Gebietsreformen) sowie *ders.* Die Zukunft (Fn. 75), 95 f. (Wegfall einer Verwaltungsebene durch Abschaffung der nicht von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Ämter). Derartige Überlegungen sind stets mit Blick auf die Verhältnisse in den einzelnen Bundesländern anzustellen. Zu solchen Überlegungen auch *Köhl/Lenk/Löbel/Schuppan/Viehstädt* Stein-Hardenberg 2.0 (Fn. 131), 67 ff. Dazu, dass infolge der Veränderungen bei der Mobilität und Kommunikation in der Schweiz die Bezirksstrukturen in zahlreichen Kantonen aufgelöst, gestrafft oder inhaltlich entleert wurden, *Armin Stähli/Benjamin Schindler* Bezirksstrukturen in den Kantonen – Annäherungsversuch an ein staats- und verwaltungsrechtliches Mauerblümchen, ZBl 2018, 219 (237 f.).

[151] S. auch *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 55. Nach BVerfG, NVwZ 2018, 140 (147) kann die bloße Verwaltungsvereinfachung und Zuständigkeitskonzentration an sich keine Aufgabenhochzonung rechtfertigen und kommt der interkommunalen Zusammenarbeit der Vorrang zu. Dazu, dass sich die örtlichen Bezüge einer Angelegenheit infolge der technischen Rahmenbedingungen wandeln können, BVerfG, NVwZ 2018, 140 (145). Die Einschlägigkeit des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG bestimmt sich nach dem Inhalt der jeweiligen Angelegenheit und ihrer örtlichen Radizierung. Nach ThürVerfGH, ThürVBl 2017, 266 (277) können Verwaltungsportale alleine nicht sicherstellen, dass die Behörde zur Sachverhaltsermittlung, Beratung des Bürgers oder zur Sicherstellung des Vollzugs von Entscheidungen nahe vor Ort ist. Deshalb müsse der Gesetzgeber im Rahmen seiner Abwägung auch berücksichtigen, „ob die Wahrnehmung der Aufgaben von Gemeinden und Landkreisen in größeren räumlichen Dimensionen auch physisch-real sichergestellt ist".

[152] *Utz Schliesky* Einführung: Die Vermessung des virtuellen Raumes (Fn. 148), 12 ff. Eingehend *Jan Ziekow* Vom Verwaltungsverfahren über den Geschäftsprozess zum IT-Workflow, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 69 (83 ff.). Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen auch *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 55.

[153] Auf dieser Linie auch *Bull* Modernisierung der Verwaltung (Fn. 84), 229; zur mangelnden Verifizierung *Thomas Groß* Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I. 2. Aufl. 2012, § 13 Rn. 33.

tung aufrechterhalten werden müssen, treffen die Erwägungen bestehender Zuständigkeitsvorschriften nach wie vor zu.[154] Dies könnte erklären, warum in drei Bundesländern trotz Experimentierklauseln von der Erprobung abweichender Zuständigkeiten für das E-Government bisher kein Gebrauch gemacht wurde.[155]

Im Übrigen bedürfen normativ festgelegte Zuständigkeiten einer vorherigen Gesetzesänderung.[156] Dafür muss ausreichender Anlass bestehen.[157] Angesichts der für Normalbürger nur schwer überschaubaren Zuständigkeitsordnung setzt der verfassungsändernde Gesetzgeber auf die Potenziale der IT-Systeme und greift mit dem schon erwähnten Art. 91c Abs. 5 GG die Idee des One-Stop-Prinzips sogar verfassungsrechtlich auf.[158]

VI. Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren

E-Government zielt auf die Optimierung interner wie externer Abläufe ab.[159] Infolgedessen ist zu prüfen, ob und inwieweit Prozesse unter Beibehaltung der bisherigen personellen Bearbeitung nur elektronisch begleitet oder teilweise, möglicherweise sogar ganz, auf IT-Systeme verlagert werden sollen.[160]

---

[154] Eingehend zur Änderung von Zuständigkeitsvorschriften *Eifert* Electronic Government (Fn. 3) 186 ff.

[155] Art. 19 Abs. 1 Nr. 1, 3 BayEGovG; § 9 S. 1 Nr. 1, S. 2 EGovG S-H; § 20 Abs. 1 Nr. 1 SächsEGovG. Dazu auch der Bericht an den IT-Planungsrat, Anforderungen an die Ausgestaltung von Experimentierklauseln im E-Government, Mai 2017, 8 f.

[156] *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 55. Dazu und näher zur Frage, durch wen Zuständigkeiten geregelt werden können, *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 182 ff.

[157] Nach BR-Drucks. 389/18, 41 soll das Eisenbahn-Bundesamt zugleich Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde sein, um so die digitalen Planungen des Vorhabenträgers besser bearbeiten zu können. Aufgrund der Digitalisierung sollte die elektronische Kommunikation zwischen Vorhabenträger und Behörde sowie zwischen verschiedenen Behörden eigentlich problemlos möglich sein. Letztlich erweist sich das Digitalisierungsargument als beliebig einsetzbar. Deshalb wird die Zuständigkeitsänderung zusätzlich mit der Verfahrensbeschleunigung begründet, BR-Drucks. ebd., 40.

[158] S. auch *Martini/Wiesner* Art. 91c Abs. 5 GG (Fn. 109), 194, die von einem „einheitlichen Ansprechpartner" schreiben; *Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund (Fn. 109), 186 spricht von „front office-Portal".

[159] § 9 EGovG; s. auch BT-Drucks. 17/11473, 40.

[160] Zu den Unterschieden in Bezug auf die Elektronifizierung bisheriger Papierformulare *Prell* E-Government (Fn. 2), 1257. Zur Unterscheidung zwischen einer weiterhin vollständig menschlichen Bearbeitung, der Nutzung assistierender IT-Systeme, der Teilautomatisierung einzelner Elemente bis hin zur Vollautomatisierung *Basanta E. P. Thapa/Peter Parycek* Data Analytics in Politik und Verwaltung, in: Resa Mohabbat Kar/Basanta Thapa/

1. *Vollständig automatisierter Erlass von Verwaltungsakten, § 35a VwVfG*

Im Laufe eines steuerrechtlichen Gesetzgebungsverfahrens wurde überraschend[161] § 35a VwVfG über den Erlass vollständig automatisierter Verwaltungsakte beschlossen. Solche sind bei Zulassung durch Rechtsvorschrift möglich, sofern weder ein Ermessen noch Beurteilungsspielraum besteht. Obwohl vereinzelt die Möglichkeit der Rechtsanwendung durch IT-Programme bezweifelt wird,[162] hat sich der Bundesgesetzgeber in Bezug auf die Verwaltung denjenigen Stimmen angeschlossen, nach denen sich gesetzliche Konditionalprogramme infolge ihrer Ähnlichkeit zum Maschinenmodus[163] für einen automatisierten Gesetzesvollzug eignen

Peter Parycek (Hrsg.) Kompetenzzentrum Öffentliche IT, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, 2018, 40 (64 f.), wonach über die angemessene Aufgabenverteilung zwischen Mensch und Maschine von Fall zu Fall zu entscheiden ist. Zu derartigen Automatisierungsbegehrlichkeiten und den gleitenden Übergängen zwischen Teil- und Vollautomatisierung *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 121 f. Dazu ist eine Abwägung zwischen den verschiedenen Verfahrenszielen (s. auch § 10 S. 2 VwVfG) vorzunehmen, von denen die Effizienz nur eine Komponente ausmacht. Insoweit sind die Vor- und Nachteile eines rein maschinellen Gesetzesvollzugs mit denjenigen des Gesetzesvollzugs unter Involvierung menschlicher Amtswalter im jeweiligen Einzelfall abzuwägen. Da auch menschlichen Amtswaltern Fehler unterlaufen, könnte überlegt werden, ob deren Ausmaß durch eine zusätzliche Überprüfung der Entscheidung durch ein IT-System reduziert werden könnte.

[161] BGBl. 2016 I 1679 ff. mit Wirkung zum 1.1.2017. Soweit ersichtlich gab es in Bezug auf diese Änderung des VwVfG nur eine Stellungnahme des Beirats Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern, abgedruckt in NVwZ 2015, 1114 ff. *Martin Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I S. 3 und § 35a VwVfG, NVwZ 2018, 353 (354 f.) kritisiert diese Vorschrift als unnötig. A.A. *Jan Ziekow* Das Verwaltungsverfahrensrecht in der Digitalisierung der Verwaltung, NVwZ 2018, 1169 (1170 f.). Zu den vollständig automatisierten Verwaltungsakten im Steuerrecht, die anders als in § 35a VwVfG keiner besonderen Zulassung durch Rechtsvorschrift bedürfen, *Sebastian Müller-Franken* Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, StuW 2018, 113 (115 ff.).

[162] Allerdings ohne Bezug auf die Verwaltung *Kyriakos N. Kotsoglou* Subsumtionsautomat 2.0, JZ 2014, 451 ff.; *ders.* „Subsumtionsautomat 2.0“ reloaded?, JZ 2014, 1100 ff.; *Spiros Simitis* Automation in der Rechtsordnung, 1967, 21 ff.; s. auch die abweichende Meinung der Richterin *Hermanns* zum Beschluss des 2. Senats v. 22.3.2018 – 2 BvR 780/16, NVwZ 2018, 1203 (1222), wonach Richter keine Subsumtionsautomaten sind, in schöpferischer Tätigkeit an der Rechtskonkretisierung und -fortbildung teilhaben und in jede Rechtsanwendung eigene Wertungen einfließen. Eine Formalisierung der Rechtssprache in gewissem Maße für möglich erachtend *Martin Engel* Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, 1096 (1097 ff.); tendenziell, allerdings nur in geringem Maße als möglich erachtend *Susanne Hähnchen/Robert Bommel* Digitalisierung und Rechtsanwendung, JZ 2018, 334 (337 ff.); tendenziell eher in Richtung eines größeren Einsatzbereichs *Adrian* Der Richterautomat (Fn. 29), 77 ff.

[163] So bereits *Luhmann* Recht und Automation (Fn. 3), 36, der aber auf S. 45 auf die Besonderheiten juristischer Entscheidungsleistungen verweist; s. auch *Hanno Kube* Digi-

können.[164] Im Unterschied zu Richtern vollziehen Behördenbedienstete Gesetze in aller Regel weisungsabhängig unter Beachtung von Auslegungsvorgaben durch Verwaltungsvorschriften.[165] Angesichts dieser Steuerung der behördlichen Rechtsanwendung[166] liegt es nahe, dass sich manche Normen durch entsprechend programmierte IT-Systeme umsetzen lassen.[167]

Rechtsnormen sind in menschlicher Sprache verfasst und können daher interpretationsbedürftig sein.[168] IT-Systeme können den Inhalt von Normen nur umsetzen, wenn dieser in Algorithmen[169] und anschließend in einer ausführbaren Programmiersprache abbildbar ist.[170]

---

tale Revolution und Rechtsordnung, in: Staatslexikon I, 8. Aufl. 2017, Sp. 1390, 1395 f.; s. zu den Grenzen der aktuellen Leistungsfähigkeit von Algorithmen *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren (Fn. 45), Kap. 12 Rn. 21 sowie *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1129.

[164] *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 59; *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 3), 70 (aber nicht bei Begriffen wie öffentliches Interesse); *Groß* Die Informatisierung (Fn. 4), 409; *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 55 f.; s. auch *Ulrich Stelkens* in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.) VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 1.

[165] S. etwa zu den norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften *Wilfried Erbguth/Annette Guckelberger* Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 27 Rn. 1 f., 6.

[166] So charakterisiert *Dreier* Hierarchische Verwaltung (Fn. 69), 192 Verwaltungsvorschriften als „administrative Selbstprogrammierung"; s. auch *Josef Isensee* Die typisierende Verwaltung, 1976, 134 f.

[167] *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 129 schließt deshalb auch bei Gestaltungsspielräumen die Möglichkeit vollständig automatisierter Verwaltungsakte nicht aus. Weil IT-Systeme Gesetze in anderer Weise als Menschen vollziehen, gibt es meines Erachtens gute Gründe für die Verwendung eines anderen Wortes als *Subsumtions*automat. S. auch *Gregor Kirchhof* Der digitalisierte Steuerzahler, ALJ 2/2017, 125 (127), wonach der Computer anders als der Mensch nicht entscheidet, sondern rechnet. Die Annahme der IT-Abbildbarkeit von Recht auf der Verwaltungsebene deckt sich auch mit unionalen Vorstellungen. So soll künftig der neue Zollkodex in weiten Teilen automatisiert vollzogen werden, COM(2018) 39 final, 4 sowie *Kathrin Limbach* E-Government in der Zollverwaltung der Europäischen Union, DVBl. 2015, 547 (550 f.). Des Weiteren steht die Einführung eines algorithmenbasierten Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) bevor, s. auch *Julius Buckler* Auf dem Weg zu einer digitalen europäischen Grenzkontrollarchitektur?, BayVBl. 2018, 73 (75 ff.).

[168] S. nur *Marco Staake* Rechtliches Wissen, Jura 2018, 661 (663, 666).

[169] Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum werden Algorithmen regelmäßig als eindeutige Handlungsvorschriften in endlicher Länge zur Lösung bestimmter Probleme in definierten Einzelschritten charakterisiert, s. etwa *Christian Ernst* Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026; *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung (Fn. 48), 2 f.; s. auch Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, Algorithmen, WD 8 – 3000 – 031/17, 4.

[170] *Heinrich Müller/Frank Weichert* Vorkurs Informatik 5. Aufl. 2017, 16, 20 f.; s. auch *Ernst* Algorithmische Entscheidungsfindung (Fn. 169), 1026.

§ 35a VwVfG sendet ein Warnsignal an den Fachgesetzgeber, indem Entscheidungen aufgrund von Normen mit Ermessen und Beurteilungsspielräumen als nicht vollautomatisierungsfähig ausgewiesen werden. Derartige Entscheidungen sind regelmäßig stark situations- und einzelfallgeprägt[171] und bedürfen einer Abwägung widerstreitender Interessen.[172] Deterministische Algorithmen können jedoch zurzeit keine wertenden Entscheidungen treffen oder Einzelfallgerechtigkeit herstellen.[173] Entgegen dem Anschein, den § 35a VwVfG erweckt,[174] ist für die Zulassung der Vollautomatisierung nicht die eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte, sondern die IT-Abbildbarkeit von Normen sowie Standardisierbarkeit der Sachverhaltsermittlung und -bewertung entscheidend.[175] Nicht alle gebundenen Verwaltungsakte sind somit vollautomatisierbar. Geeignet dafür sind zurzeit vor allem häufig vorkommende, bipolar ausgestaltete Verwaltungsverfahren aufgrund einfach strukturierter Rechtsvorschriften.[176]

Äußerst anspruchsvoll ist das Vorhaben, Baugenehmigungsverfahren voll zu automatisieren.[177] Von Rückschlüssen aus der Möglichkeit fingierter

---

[171] S. auch *Groß* Die Informatisierung (Fn. 4), 409. Dazu, dass die ausgeklammerten Bereiche in § 35a VwVfG nicht auf die eingeschränkte Gerichtskontrolle, sondern auf die notwendigen Verfahrensschritte wie die Bewertung der Sachverhaltsdaten und ihre Gewichtung zurückgehen, *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 45.

[172] *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1129; s. auch *Engel* Algorithmisierte Rechtsfindung (Fn. 162), 1099 f. Aus denselben Gründen scheiden vollautomatisierte Verwaltungsakte bei Planungs- und Regulierungsermessen aus, *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 43.

[173] *Mario Martini/David Nink* Wenn Maschinen entscheiden … – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, NVwZ-Extra 2017, 1 (2); *Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens (Fn. 46), 26; s. auch *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 18 Rn. 14.

[174] Deshalb kritisch gegenüber der Ausgestaltung des § 35a VwVfG *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 105), 808.

[175] *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a VwVfG Rn. 46; s. auch BT-Drucks. 18/8434, 122. Dazu, dass die Verwirklichung einer Norm auch vom Lebenssachverhalt abhängt, und mit der Typisierung die Gefahr einer Abkapselung des Normverständnisses von der Lebenswirklichkeit einhergeht, bereits *Isensee* Die typisierende Verwaltung (Fn. 166), 56 ff. Zur Unzulässigkeit der Typisierung bei Entziehung eines Doktorgrades BVerwGE 159, 171 (178 Rn. 16).

[176] *Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens (Fn. 46), 26; s. auch *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren (Fn. 45), Kap. 12 Rn. 19; zu geeigneten Beispielen *Martini/Nink* Wenn Maschinen entscheiden (Fn. 173), 2. Zur Möglichkeit von Standardisierungen beim Rundfunkbeitrag BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16 u.a., juris Rn. 71. Zum geringen Automatisationsgrad bei komplexen Beteiligungsstrukturen *Berger* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 46), 1263 f.

[177] *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren (Fn. 45), Kap. 12 Rn. 19; *Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens (Fn. 46), 26 f., der aber auf die weitge-

Baugenehmigungen auf die Vollautomatisierung[178] ist abzuraten. Denn die Vorschriften über die Genehmigungsfiktion beruhen auf der Vorstellung, dass die Amtswalter die Fälle in der Regel vor dem Zeitablauf persönlich prüfen konnten. Zwar ist bei Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich noch vorstellbar, dass die IT die Einhaltung des vorgegebenen Rahmens prüfen kann.[179] Schwierig wird es jedoch z.B. beim Gebot der Rücksichtnahme, wenn zwischen den Interessen des Rücksichtnahmeberechtigten und -verpflichteten im Einzelfall abzuwägen ist.[180] Diese Fälle müssten somit zur Bearbeitung durch Amtswalter ausgesondert werden.[181]

Der Fachgesetzgeber muss folglich auch bei gebundenen Entscheidungen[182] genau überlegen, ob diese tatsächlich durch Rechtsvorschrift[183] für vollautomatisierte Verwaltungsakte geöffnet werden sollen.[184] Dies ist auch dem Unionsrecht geschuldet.[185] Nach Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO dürfen vollautomatisierte Entscheidungen mit Personenbezug nur aufgrund von Rechtsvorschriften ergehen, die angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte sowie berechtigter Interessen der Betroffenen enthalten. Aus diesem

---

hende Absorption des Standardisierungspotenzials durch die Genehmigungsfreistellung verweist. *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 46.

[178] So *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 46; *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren (Fn. 45), Kap. 12 Rn. 19.

[179] In eine ähnliche Richtung *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 3), 70. Allgemein dazu, dass sich das Vorhaben beim Tatbestandsmerkmal des Sich-Einfügens innerhalb des vorgegebenen Rahmens halten muss, aber ausnahmsweise Modifizierungen denkbar sind, BVerwGE, 157, 1 (5 Rn. 17).

[180] S. zur Abwägung nur die Ausführungen bei BVerwG, BRS 84 Nr. 123.

[181] Im Übrigen sind Verfahren, bei denen mehrere Personen zu beteiligen sowie Stellungnahmen anderer Behörden einzuholen sind, auch in dieser Hinsicht wenig für Vollautomatisierungen geeignet. *Berger* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 46), 1263 weist darüber hinaus auf die Schwierigkeiten der Automatisierung angesichts der beizubringenden Unterlagen und Nachweise hin.

[182] Darunter fallen richtigerweise auch Ermessensreduzierungen auf Null durch Verwaltungsvorschrift, wie hier z.B. *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 40; a.A. *Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte (Fn. 161), 357.

[183] Selbst wenn eine Ermessensreduzierung aufgrund Verwaltungsvorschrift möglich ist, reichen letztere nicht für die Zulassung vollautomatisierter Verwaltungsakte aus, *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1129 f.; *Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens (Fn. 46), 26.

[184] Diese Zulassung muss nicht explizit erfolgen, sondern kann sich auch aus der Auslegung von Rechtsvorschriften ergeben, s. *Lorenz Prell* in: Johann Bader/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.) BeckOK VwVfG, 40. Edition (1.7.2018), § 35a Rn. 11b. Kritisch gegenüber dem Zulassungsvorbehalt *Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte (Fn. 161), 355 ff.

[185] *Tobias Herbst* Die Datenschutz-Grundverordnung der EU, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 16 Rn. 27; des Weiteren lässt sich dies mit der Außenwirkung der vollautomatisierten Verwaltungsakte erklären, *Ziekow* Das Verwaltungsverfahrensrecht (Fn. 161), 1171.

Grund sowie zur Sicherstellung gesetzmäßigen Handelns[186] müssen die Behörden nach § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG beim Einsatz automatischer Einrichtungen die für den Einzelfall bedeutsamen tatsächlichen Angaben des Beteiligten berücksichtigen, etwa indem die IT mittels Freitextangaben den Vorgang zur Bearbeitung durch Amtswalter aussondert.[187] Für solche Angaben muss aber bei den Personen ein ausreichendes Gespür für das Vorliegen eines besonderen Falles vorhanden sein.[188] Da die Bürger vielfach nicht rechtskundig sind, muss geprüft werden, ob derartige Angaben von ihnen zu erwarten sind. Jedenfalls sind solche Schwierigkeiten[189] in die Automatisierungsüberlegungen einzubeziehen.[190]

2. Anforderungen an den Algorithmeneinsatz bei vollautomatisierten Entscheidungen

Weil für vollautomatisierte Verwaltungsakte Rechtsvorschriften in Algorithmen und Programmiersprache zu übersetzen sind, dürfen derartige IT-Systeme erst eingesetzt werden, nachdem in ausreichendem Maße getestet wurde, dass sie rechtmäßige Entscheidungen produzieren.[191] Erst bei der Annahme, dass das Programm sämtliche, auch datenschutz- und sicherheitsrechtliche Anforderungen erfüllt, darf es von der zuständigen Stelle

---

[186] BT-Drucks. 18/8434, 122; *Dieter Kallerhoff/Frank Fellenberg*, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 24 Rn. 57c.

[187] BT-Drucks. 18/8434, 122. S. auch *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 173), § 18 Rn. 15.

[188] Zu derartigen Schwierigkeiten bereits *Isensee*, Die typisierende Verwaltung (Fn. 166), 127.

[189] Dabei ist auch zu prüfen, inwieweit für die Bürger etwa durch Angabe von Beispielen oder durch Beratungsangebote Hilfestellungen möglich sind. Für eine Verfassungswidrigkeit des digitalisierten Steuerrechts, weil die Betroffenen alleine am Rechner kaum alle maßgeblichen Steuerdaten korrekt eingeben können, und für den Übergang zu vom Fiskus vorausgefüllten Steuererklärungen, die vom Steuerpflichtigen zu prüfen sind, *Kirchhof* Der digitalisierte Steuerzahler (Fn. 167), 126 f.

[190] *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 59 halten die Ersetzung des den Einzelfall entscheidenden Richters durch vorinstruierte Computer allenfalls dort für möglich, „wo es sich um massenhaft in gleichförmiger Weise auftretende Vorgänge handelt, wo die individuellen Umstände des Falles, Nuancen, abstufbare Übergänge, nicht vorausgesehene Fallkonstellationen keine Rolle spielen".

[191] Zur Gebotenheit derartiger Kontrollen aufgrund von Art. 20 Abs. 3 GG *Nadja Braun Binder* Algorithmic Regulation – Der Einsatz algorithmischer Verfahren im staatlichen Steuerungskontext, in: Hermann Hill/Joachim Wieland (Hrsg.) Zukunft der Parlamente, 2018, 107 (116); s. auch *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1134. Zu derartigen Software-Tests bzw. zur als Alternative fungierenden Code-Analyse Gesellschaft für Informatik (Fn. 54), unter 7.2.2.

zur Verwendung freigegeben werden.[192] Dadurch lassen sich die vollautomatisierten Verwaltungsakte der Verwaltung zurechnen.[193] Zugleich wird durch die Freigabe die Verantwortung für die eingesetzten Algorithmen übernommen und den verfassungsrechtlichen Kontrollanforderungen von Verwaltungsentscheidungen genügt.[194] Bei Fehlern oder einer Änderung der Rechtslage nach Inbetriebnahme der Systeme ist darauf zu reagieren.[195]

Obwohl Entscheidungen durch Algorithmen aufgrund der Rechenverfahren objektiv und neutral erscheinen, sind diese nicht vor Fehlern gefeit.[196] Denn die Algorithmen und Programme werden von Menschen erstellt.[197] Beispielsweise diskriminierte eine japanische Medizinfakultät Bewerberinnen jahrelang durch einen allgemeinen algorithmischen Punkteabzug gegenüber Männern.[198] Schon aufgrund ihrer Grundrechtsbindung muss die Verwaltung alles unternehmen, damit ihre IT-Systeme nicht gegen den Gleichheitssatz verstoßen. Angesichts des Schadenspotenzials algorithmenbasierter Entscheidungen sowie des Umstands, dass sich trotz vorheriger

---

[192] *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 145.

[193] *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 141 ff., 146 f.; *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 88 ff.; *Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte (Fn. 161), 355; *Ziekow* Das Verwaltungsverfahrensrecht (Fn. 161), 1171.

[194] *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1130 sowie 1134; s. auch *Ziekow* Das Verwaltungsverfahrensrecht (Fn. 161), 1170 f. Im Übrigen wird die mangels Entscheidung eines Amtswalters im Einzelfall geringere personelle Legitimation durch § 35a VwVfG und die Zulassung vollautomatisierten Entscheidens kompensiert, s. auch *Guckelberger* Vollständig automatisierte Verwaltungsakte (Fn. 29), 402.

[195] Bezogen auf die jeweilige Änderung ist zu prüfen, ob sie sich durch IT abbilden und sich das IT-System nachjustieren lässt.

[196] S. nur *Gärditz* Der digitalisierte Raum des Netzes (Fn. 99), 122. Dazu, dass die australische Öffentlichkeit gegenüber automatisierten Entscheidungen äußerst kritisch eingestellt ist, weil infolge eines unzureichenden Algorithmus bei zahlreichen Unterstützungsbedürftigen Sozialleistungen gekürzt wurden, welche infolge der eingetretenen Situation völlig überfordert waren, *von Lucke* In welcher smarten Welt (Fn. 38), 183.

[197] *Herberger* „Künstliche Intelligenz“ (Fn. 53), 2827; *Janosik Herder* Regieren Algorithmen? Über den sanften Einfluss algorithmischer Modelle, in: Resa Mohabbat Kar/Basanta Thapa/Peter Parycek (Hrsg.) Kompetenzzentrum Öffentliche IT, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, 2018, 179 (183). Zu den möglichen Ursachen von Diskriminierungen *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 27 f.

[198] Dabei handelte es sich um eine private Universität, s. den Artikel von *Christoph Neidhart* Wer heiratet, wird ohnehin nicht Ärztin, SZ v. 9.8.2018, <https://www.sueddeutsche.de/bildung/japan-bestechungsskandal-1.4086981> (Stand: 30.10.2018); zu aufgedeckten Diskriminierungen des in den USA häufig im Zusammenhang mit Haftstrafen eingesetzten COMPAS-Algorithmus *Mario Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1018).

Software-Tests Fehler nie völlig ausschließen lassen,[199] wird überlegt, wie sich mehr Licht in das Dunkle derartiger Maschinenentscheidungen bringen lässt.[200]

3. *Veröffentlichung der Algorithmen bei vollautomatisierten Entscheidungen*

Um sich den Transparenzüberlegungen zu nähern, ist als Erstes ihr Bezugspunkt zu klären. Für die Offenlegung des Quellcodes spricht, dass bei der Übersetzung von Algorithmen in die Programmiersprache weitere Fehler unterlaufen können. Andererseits können sich Dritte so des Codes bedienen und seine Schwachstellen ausnutzen.[201] Deshalb will ich mich auf die Zugänglichkeit der Verwaltungsalgorithmen beschränken. Dafür ist deren Rechtsnatur von ausschlaggebender Bedeutung. Das heutige Schrifttum stuft diese regelmäßig als Verwaltungsvorschriften ein[202] oder will

---

[199] *Markus Schmidt* in: Astrid Auer-Reinsdorff/Isabell Conrad (Hrsg.) Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 165; Gesellschaft für Informatik (Fn. 54,) unter 7.5.

[200] Wodurch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie das Vertrauen in vollautomatisierte Entscheidungen gesteigert werden könnten. Durch Local Laws of the City of New York for the Year 2018 Nr. 49 hat diese als erste US-amerikanische Stadt eine Arbeitsgruppe zur Ausarbeitung diesbezüglicher Empfehlungen eingesetzt. Für gewisse Offenlegungen im Bereich von Big Data *Hoffmann-Riem* Rechtliche Rahmenbedingungen (Fn. 49), 11 (60). Zum Zusammenhang zwischen den Transparenzüberlegungen, Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 GG *Indra Spiecker gen. Döhmann* Kontexte (Fn. 42**)**, 45. Die Datenschutz-Grundverordnung enthält gewisse Transparenzelemente, z.B. Art. 12 DSGVO (Transparente Information und Kommunikation und Modalitäten für die Ausübung der Rechte), Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g, Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO. Zutreffend tritt *Martini* Algorithmen als Herausforderung (Fn. 198), 1020 dafür ein, diese Normen auf weitere algorithmenbasierte Entscheidungen zu erstrecken; s. auch *Ernst* Algorithmische Entscheidungsfindung (Fn. 169), 1032 f. BGHZ 200, 38 (47) hatte in seiner SCHUFA-Entscheidung eine Bekanntgabe der Scoreformel aufgrund der als Geschäftsgeheimnis geschützten Inhalte abgelehnt. Dazu, dass durch das Erfordernis der aussagekräftigen Informationen die Rechtslage für die Betroffenen besser ausfällt, *Matthias Bäcker* in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.) Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 54; *Alexander Roßnagel/Maxi Nebel/Philipp Richter* Was bleibt vom Europäischen Datenschutzrecht? ZD 2015, 455 (458). Aus ihr folgt jedoch kein umfassendes Transparenzgebot für Betroffene und erst recht nicht für die Allgemeinheit, s. etwa *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 51 f. sowie *Sandra Wachter/Brent Mittelstadt/Luciano Floridi* Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation International Data Privacy Law 7 (2017), 76 ff.

[201] S. die Antwort der Bundesregierung zu den Programmen, die bei der elektronischen Steuererklärung verwendet werden, BT-Drucks. 19/1058, 5 f.

[202] *Braun Binder* Algorithmic Regulation (Fn. 191), 116; *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1134; *Rolf Stober* in: Hans J. Wolff/Otto Bachhof/ders./Wilfried Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 24 Rn. 21; eingehender *Lazaratos* Rechtliche Auswir-

sie wie diese behandeln.[203] Erachtet man eine Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften aus rechtsstaatlichen Gründen für notwendig[204] oder wird eine solche, wie in einigen Bundesländern, durch Transparenz-[205] bzw. Informationsfreiheitsgesetz[206] vorgeschrieben, sind derartige Algorithmen also schon jetzt publik zu machen.[207]

Soweit Verwaltungsvorschriften, wie dies bei gewissen Programmablaufplänen der Fall ist, Algorithmen enthalten, teilen letztere selbstverständlich deren Rechtsnatur. Solche Inkorporationen sind aber keineswegs durchgängig. In der Praxis werden zwar vorgesetzte Stellen Vorgaben für die IT-Entwicklung zur Auslegung einzelner Begriffe treffen, im Übrigen aber den damit befassten Teams oft freie Hand lassen. Da sich Verwaltungsvorschriften an Behördenbedienstete wenden,[208] die Algorithmen nach ihrer Darstellungsform dagegen für IT-Systeme bestimmt sind, entsteht infolge der Gleichsetzung der Algorithmen mit den Verwaltungsvorschriften der Eindruck, derartige Systeme könnten Adressaten von Rechtssätzen sein.[209] Dies ist aber nicht der Fall bzw. erst im Zuge der Diskussion

---

kungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 208 ff.; differenzierend und zur Rechtsnatur von Computerprogrammen *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 220 f. Dann würde die Einordnung des gesamten Algorithmus mangels einer solch umfassenden Anweisung die Wirklichkeit nicht richtig abbilden. Auch bei der Bearbeitung von Vorgängen durch Amtswalter werden nicht immer alle für die Sachbearbeitung relevanten Kriterien von oben verbindlich vorgegeben sein.

[203] *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 19.

[204] Z.B. *Thomas Sauerland* Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen, 2005, 348.

[205] § 3 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 HmbTG; § 7 Abs. 1 Nr. 6 Alt. 1 LTranspG RP.

[206] Gem. § 11 Abs. 3 BremIFG hat jede öffentliche Stelle insbesondere die von ihr nach In-Kraft-Treten dieses Gesetzes erlassenen oder geänderten Verwaltungsvorschriften von allgemeinem Interesse unverzüglich zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung unterbleibt, soweit ein Antrag auf Informationszugang nach diesem Gesetz abzulehnen wäre. S.a. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 LIFG BaWü; § 11 Abs. 2 S. 2 ThürIFG; ab 2020 auch § 11 Abs. 1 IZG-SH.

[207] Seit 1975 gibt es im Einkommensteuerrecht Bekanntmachungen von Verwaltungsvorschriften, die in großem Umfang Algorithmen enthalten, s. BStBl 1975 I 1053 ff.; BStBl 2017 I 1466 ff. Nach § 39b Abs. 6 S. 1 EStG hat das Bundesministerium für Finanzen einen Programmablaufplan für die maschinelle Berechnung der Lohnsteuer aufzustellen und bekannt zu machen. Des Weiteren sei auf § 39 Abs. 4 BAföG hingewiesen. Danach kann die Bundesregierung *durch Allgemeine Verwaltungsvorschrift* mit Zustimmung des Bundesrates eine einheitliche maschinelle Berechnung, Rückrechnung und Abrechnung der Leistungen nach diesem Gesetz in Form einer *algorithmischen Darstellung materiellrechtlicher Regelungen (Programmablaufplan)* treffen.

[208] *Dreier* Hierarchische Verwaltung (Fn. 69), 194 f. spricht von „organwalteradressierte[n] Innenrechtssätzen". S. auch *Anja Baars* Rechtsfolgen fehlerhafter Verwaltungsvorschriften, 2010, 110 f.

[209] S. dazu auch *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 3), 71; *Hans Kelsen* Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, Nachdruck 2000, 32 f.; *Kai von Lewinski* in: Heinrich Amadeus

zur Einführung einer E-Person zu klären.[210] Für Verwaltungsvorschriften ist kennzeichnend, dass ihre Adressaten ihren Inhalt hinterfragen und bei Zweifeln jedenfalls remonstrieren können. Ein IT-System kann dies bei deterministischen Algorithmen momentan nicht leisten. Treten Ungereimtheiten infolge eines Algorithmus auf, müssen die Amtswalter in der Lage sein, diesen auf unkomplizierterem Wege als bei einer Verwaltungsvorschrift zu stoppen und nachzubessern. Schließlich können selbstlernende und sich permanent ändernde KI-Systeme keinesfalls Verwaltungsvorschriften sein.

Die Entscheidung über die Veröffentlichung der eingesetzten Algorithmen ist oftmals rechtspolitischer Natur, wofür es gute Gründe gibt.[211] Darüber hinaus können schon jetzt nach den Informationsfreiheitsgesetzen Zugangsansprüche zu Codes bestehen, sofern kein Ausnahmetatbestand greift.[212] Wegen der Grundrechtsgebundenheit der Verwaltung kann sie sich in der Regel allenfalls einfachgesetzlich auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse berufen. Schon aus Gründen der Kontrolle und Übernahme der Verantwortung muss sich die Verwaltung bei Beauftragung Privater zur IT-Ausarbeitung mit diesen über die Offenbarung von Informationen verständigen.[213]

Wolff/Stefan Brink (Hrsg.) BeckOK Datenschutzrecht, 25. Edition (1.8.2018), DSGVO, Art. 22 Rn. 6.1.

[210] Dazu etwa *Andreas Fischer-Lescano* Natur als Rechtsperson – Konstellationen der Stellvertretung im Recht, ZUR 2018, 205 ff.; zu den verschiedenen Ansichten zur E-Person *Guckelberger* Modifizierung (Fn. 53), 22 ff.; *Gunther Teubner* Digitale Rechtssubjekte?, AcP 218 (2018), 155 (160 ff.).

[211] Oft wird diese abgelehnt, weil die meisten Bürger damit wenig anfangen können, so etwa *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 53. Andererseits ist es im IT-Bereich nicht unüblich, Schwachstellen von Codes aufzuspüren. Da die Algorithmen eine erhebliche faktische Außenwirkung haben, kann die Möglichkeit zu ihrer Erschließung gegebenenfalls mithilfe sachkundiger Unterstützung das Vertrauen und die Akzeptanz derartiger Verwaltungsentscheidungen fördern. Überdies würde eine Veröffentlichung dem Open Data Ansatz entsprechen. *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 213 ff. spricht sich für die Beifügung von Begleitunterlagen aus Verständnisgründen aus. Im Rahmen der 36. Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland am 16.10.2018 in Ulm haben sich der BfDI und acht Landesbeauftragte im Positionspapier „Transparenz der Verwaltung beim Einsatz von Algorithmen für gelebten Grundrechtsschutz unabdingbar", 3 f., zwar nicht für eine Veröffentlichung der Algorithmen, aber für ausreichende Transparenz über die eingesetzten Algorithmen durch grundsätzliche Veröffentlichung der dort genannten Angaben ausgesprochen.

[212] Dazu *Martini/Nink* Wenn Maschinen entscheiden (Fn. 173), 11; s. auch VG Berlin BeckRS 2013, 52322 und zum Umweltinformationsrecht VG Darmstadt BeckRS 2017, 120930; nicht ganz stringent: *Felix Bieker/Benjamin Bremert/Marit Hansen* Verantwortlichkeit und Einsatz von Algorithmen bei öffentlichen Stellen, DuD 2018, 608 (611 f.).

[213] S. auch das Protokoll der 35. Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland vom 20. März 2018 in Stuttgart, 2 f. unter TOP 3. Zu den diesbezüglichen

4. *Vollautomatisierte Entscheidungen und Verfahrensrechte*

Selbst wenn Art. 91c GG die Möglichkeit erhöhten Technikeinsatzes in der Verwaltung unterstreicht,[214] setzen insbesondere Grundrechte und die Menschenwürdegarantie[215] vollautomatisierten Entscheidungen Grenzen. Für die Eruierung geeigneter Einsatzbereiche ist auch entscheidend, ob derartige Maßnahmen ihrem Adressaten ohne Involvierung eines Amtswalters im Einzelfall zumutbar sind.[216] Daran wird es i.d.R. bei Angelegenheiten mit erheblicher Grundrechtsintensität oder besonderer emotionaler Bedeutung fehlen. Angesichts des erheblichen Unbehagens der Bevölkerung gegenüber vollautomatisierten Entscheidungen[217] sollten diese zum Erhalt des Vertrauens in die Verwaltung[218] nur bei Entscheidungen mit geringer Eingriffsintensität und leichter Revidierbarkeit ergehen.[219] Widersprüche gegen die vollautomatisierten Verwaltungsakte sind angesichts der Funktio-

---

Bedenken beim Predictive Policing *Rademacher* Predictive Policing (Fn. 51), 376. Dazu, dass die Transparenzanforderungen gegenüber der Verwaltung im Vergleich zu privaten Unternehmen höher ausfallen, *Prell* E-Government (Fn. 2), 1259; ebenfalls zu höheren Anforderungen in Bezug auf den Staat gegenüber Privatrechtssubjekten Committee of experts on internet intermediaries, MSI-NET(2016)06 rev3 FINAL, study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications, 6.10.2017, 29, <https://rm.coe.int/study-hr-dimension-of-automated-data-processing-incl-algorithms/168075b94a> (Stand: 30.10.2018).

[214] Daraus kann sich zwar eine gewisse Absenkung der Zahl der Angehörigen des öffentlichen Dienstes ergeben, aus dem Demokratieprinzip, Art. 33 und Art. 34 GG ergibt sich aber weiterhin die Notwendigkeit menschlicher Amtswalter in der Verwaltung.

[215] So verbietet der *soziale* Wert- und Achtungsanspruch die Degradierung des Menschen zum bloßen „Objekt" staatlichen Handelns BVerfGE 144, 20 (207). Gegen eine Überbetonung der Menschenwürde im Verwaltungsverfahrensrecht und daher den Fokus mehr auf das weniger konturenscharfe Rechtsstaatsprinzip lenkend *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 133 ff.

[216] So auch *Müller-Franken* Grundfragen (Fn. 161), 121; zur grund- und menschenrechtlichen Werteordnung als Orientierungsmaßstab für die Lösung schwieriger Fragen *Udo Di Fabio* Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, 42. Zu möglichen Fällen, in denen die Abgabe von Entscheidungen an Computersysteme unethisch ist, *Jörn von Lucke* Smart Government auf einem schmalen Grat, in: Resa Mohabbat Kar/Basanta Thapa/Peter Parycek (Hrsg.) Kompetenzzentrum Öffentliche IT, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, 2018, 97 (109).

[217] *Bertelsmann Stiftung* Was Deutschland über Algorithmen weiß und denkt, 24; dazu, dass dieses Unbehagen vor allem auf den undurchsichtigen Algorithmeneinsatz privater Unternehmen zurückgeht, *Prell* E-Government (Fn. 2), 1259.

[218] Dazu *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 105), 804 ff.

[219] Ansätze zur Identifizierung derartiger Bereiche bei *Dirk Ehlers* Die öffentliche Verwaltung im technischen Zeitalter Jura 1991, 337 (340); *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 272 f. Als Gegenbeispiel seien Ampeln, die andere Autos automatisch anstelle des Fahrers stoppen können, genannt, da hier Überlegungen zu grundrechtlichen Schutzpflichten einzubeziehen sind.

nen des Vorverfahrens sowie Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO durch Amtswalter zu bearbeiten und dürfen nicht durch Rechtsvorschrift für die Vollautomatisierung zugelassen werden.[220] Auf Basis der gesammelten Erfahrungen lassen sich im Laufe der Zeit Überlegungen zur Ausweitung derartiger Verwaltungsakte anstellen.

Bei vollautomatisierten Verwaltungsakten können den Beteiligten, etwa bei fehlenden Angaben im Antragsformular, elektronische Hilfestellungen gegeben werden.[221] Da die Verwaltung nach § 25 VwVfG Helfer des Bürgers sein soll,[222] sind Personen, die sich mit der Technik schwer tun, auf andere Weise zu unterstützen. Verbleibende ausreichende Kommunikationsmöglichkeiten mit Amtswaltern setzen einen Kontrapunkt zur Entpersönlichung des Verfahrens.[223] Zwar erlaubt § 28 Abs. 2 Nr. 4 Var. 3

---

[220] Wegen der Subjektstellung des Einzelnen *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 105), 808; *dies.* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 46), 1264; zur Automatisierung des Widerspruchsverfahrens *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1133 ff. So auch schon *Isensee* Die typisierende Verwaltung (Fn. 166), 180 ff. Die Landesgesetzgeber, die das Widerspruchsverfahren in den vergangenen Jahren zurückgeführt haben, sollten daher ihre Vorschriften hinsichtlich derartiger Verwaltungsakte überprüfen oder in Anlehnung an den Gerichtsbescheid die Möglichkeit einräumen, innerhalb einer Frist von einem Monat die Entscheidung der Angelegenheit durch einen menschlichen Amtswalter zu verlangen. Richtigerweise müsste also hinsichtlich vollautomatisiert erlassener Verwaltungsakte eine gesetzliche Ausnahme vom vorgenommenen Ausschluss des Vorverfahrens vorgesehen werden, s. auch *Benedikt Beckermann* Widerspruchsverfahren nach Belieben der Behörde? NVwZ 2017, 1431 (1434). Zu den Gefahren der Verwendung identischer Software über mehrere Verfahrensstufen hinweg *Friedhelm Hufen/Thorsten Siegel* Fehler im Verwaltungsverfahren 6. Aufl. 2018, Rn. 347; s. auch *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1131 f. Dazu, dass die über die Widersprüche entscheidenden Amtswalter sich so über Mängel der IT-Systeme bewusst werden können, *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 228 ff. und *Stelkens* Der vollständig automatisierte Erlass (Fn. 46), 120.

[221] S. auch *Annika Dorthe Luch* in: Rainer Bauer/Dirk Heckmann/Kay Ruge/Martin Schallbruch/Sönke E. Schulz (Hrsg.) VwVfG, 2. Aufl. 2014, § 25 Rn. 8; *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 53; zur Möglichkeit elektronischer Betreuungsleistungen der Verwaltung *Hans-Werner Laubinger* Elektronisches Verwaltungsverfahren und elektronischer Verwaltungsakt, in: Arthur Benz/Heinrich Siedentopf/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) FS Klaus König, 2004 , 517 (529 f.). Dazu, dass die Behörden ihre Betreuungspflichten in Massenverfahren durch eindeutiges Informationsmaterial und standardisierte Merkblätter erfüllen können, BVerwG NVwZ 2017, 876 (879).

[222] Damals noch § 21, BT-Drucks. 7/910, 49; allgemein zur Helfereigenschaft BGH NJW 1960, 1244 (1244); BGH, Urt. v. 2.8.2018 – III ZR 466/16, Rn. 14, juris; näher zum verfassungsrechtlichen Hintergrund *Kyrill-Alexander Schwarz* in: Michael Fehling/Berthold Kastner/Rainer Störmer (Hrsg.) NK-Verwaltungsrecht VwVfG/VwGO, 4. Aufl. 2016, § 25 Rn. 1.

[223] *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 53; s. auch *Klaus Grimmer* Verwaltungsverfahren – Pflichten der Verwaltung beim Einsatz der Informationstechnologie, in: Heinrich Reinermann/Herbert Fiedler/ders./Klaus Lenk/Roland Traunmüller (Hrsg.) Öffentliche Verwaltung und Informationstechnik, 304 (325); *Hufen/Siegel*, Fehler

VwVfG grundsätzlich, von einer Anhörung bei belastenden Verwaltungsakten mit Hilfe automatischer Einrichtungen abzusehen. Da der Gesetzgeber aber bei Normerlass im Jahr 1976 teilautomatisierte Verfahren im Blick hatte,[224] darf diese Ausnahme im Zeitalter der Digitalisierung nicht zur Regel werden. Deshalb ist bereits bei der Entscheidung über die Zulassung der Vollautomatisierung zu prüfen, ob nicht die Motive für eine Anhörung gewichtiger als diejenigen für die Vollautomatisierung sind und daher von letzterer abzusehen ist.[225] Auch wenn bei vollautomatisierten Verwaltungsakten keine Selbstkontrolle der Verwaltung im Einzelfall durch Beifügung einer Begründung bewirkt werden kann, können die Betroffenen und Gerichte begründete Entscheidungen nachvollziehen.[226] Weil die heutigen IT-Systeme leistungsfähiger als im Jahr 1976 sind, sollte der Ausnahmegrund des § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG, wonach Verwaltungsakte mithilfe automatischer Einrichtungen nicht begründet werden müssen, gestrichen werden.[227]

Vor ein Rätsel stellt uns, wie sich das Akteneinsichtsrecht bei vollautomatisierten Verwaltungsakten realisieren lässt.[228] Angesichts der mit dem E-Government angestrebten Nutzerfreundlichkeit und des verfassungsrechtlichen Hintergrunds des Akteneinsichtsrechts ist sorgfältig zu eruieren,

---

(Fn. 220), Rn. 349; nach BFHE 133, 250 (253) bedeutet das Fehlen einer namentlich benannten „Bezugsperson“ nicht das Abschneiden von Gesprächsmöglichkeiten mit dem verantwortlichen Beamten.

[224] *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 192 f.; *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 20.

[225] Dazu auch *Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens (Fn. 46), 28.

[226] Zur Erhöhung des Vertrauens in den Technikeinsatz aufgrund der Begründung *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 58.

[227] *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 164 ff., insbesondere zur Änderung aus Klarstellungsgründen 167; *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 39 Rn. 97; für eine restriktive Handhabung *Hufen/Siegel* Fehler (Fn. 220), Rn. 480; *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 173), § 18 Rn. 10. Darüber hinaus trägt die Begründung Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO Rechnung, wonach zur Wahrung der berechtigten Interessen der Betroffenen entsprechend dem allerdings unverbindlichen ErwGrd 71 UAbs. 1 S. 4 ein Anspruch auf Erläuterung gehört. S. dazu auch *Benedikt Buchner* in: Jürgen Kühling/ders. (Hrsg.) Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. 2018, Art. 22 Rn. 31 ff., 39; *Jörg Hladjk* in: Eugen Ehmann/Martin Selmayr (Hrsg.) Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 22 Rn. 12, 15.

[228] *Schmitz/Prell* Neues zum E-Government (Fn. 46), 1277; s. auch *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 52. Vermutlich wurde dieses Problem im Laufe des auf die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens ausgerichteten Gesetzgebungsverfahrens übersehen, weil im Steuerrecht eine dem § 29 VwVfG vergleichbare Bestimmung fehlte. Zu Letzterem BT-Drucks. 7/4292, 3, 9; *Ulf-Christian Dißars* Akteneinsicht im steuerlichen Verwaltungsverfahren DStR 2005, 137 ff.

wie sich dessen faktische Bedeutungslosigkeit vermeiden lässt.[229] Weil der Einzelne sein Akteneinsichtsrecht nach Start der Bearbeitung des IT-Systems bis zum Erlass des Verwaltungsakts nicht effektiv wahrnehmen kann, ist seine Position durch nachträgliche Gewährung von Akteneinsicht zu verbessern. Auf diese Weise kann sich der Einzelne vergewissern, welcher Input in die automatisierte Entscheidung Eingang gefunden hat,[230] und ob das Programm ordnungsgemäß abgelaufen ist. Sofern die Bürger mit den Dokumentationen der IT-Systeme wenig anzufangen wissen,[231] sind ihnen diese jedenfalls auf Verlangen verständlich zu erläutern. De lege ferenda sollten durch Nachjustierung des § 29 VwVfG klare Verhältnisse geschaffen werden.

5. *Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung*

Die Europäische Union[232] und die Bundesregierung[233] wollen den Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung fördern.[234] Aufgrund der Flexibilität selbstlernender KI-Systeme wird gemutmaßt, langfristig könnten deren Ermessensentscheidungen im Durchschnitt sogar besser als die von Amtswaltern sein.[235] Während Anfang der 1990er Jahre der Einsatz

---

[229] Anstelle eines Rekurses auf den Grundsatz „Impossibilium nulla est obligatio" obliegt allein dem Gesetzgeber die wesentliche Entscheidung über die Rückführung des Akteneinsichtsrechts. Bereits *Laubinger* Elektronisches Verwaltungsverfahren (Fn. 221), 528 hielt es für mit dem Rechtsstaatsprinzip schwer vereinbar, wenn sich die Verwaltung durch Wahl der elektronischen Form dem Akteneinsichtsrecht entziehen könnte.

[230] Etwa wenn das Programm neben seinen Angaben auch Daten anderer Behörden bei der Bearbeitung des Falles herangezogen hat. In diese Richtung auch *Rudolf Wendt* Das Recht auf Offenlegung der Messunterlagen im Bußgeldverfahren, NZV 2018, 441 ff. sowie SVerfGH, NZV 2018, 275 (278 ff.).

[231] Zur Konfiguration der IT-Systeme für solche Dokumentationen *Schmitz/Prell* Neues zum E-Government (Fn. 46), 1277; *Thomas Stuhlfauth* in: Klaus Obermayer/Michael Funke-Kaiser (Hrsg.) VwVfG, 5. Aufl. 2018, § 35a Rn. 9.

[232] COM(2018) 237 final, 3 f.; s. auch Art. 5 lit. b des Vorschlags der Europäischen Kommission, COM(2018) 434 final, 28.

[233] S. BT-Drucks. 19/1982 sowie die Eckpunkte der Bundesregierung für eine Strategie Künstliche Intelligenz v. 18.7.2018.

[234] Die KI-Systeme können neues Datenmaterial selbstständig in neuen Output umwandeln, *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1133; *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 3; zu den verschiedenen Lernweisen der KI *Lenzen* Künstliche Intelligenz (Fn. 53), 50 ff.

[235] *Thapa/Parycek* Data Analytics (Fn. 160), 62. Zum Einsatz bei Ermessensentscheidungen, aber nur in Richtung Unterstützung der Amtswalter neigend *Demaj* Smart Government (Fn. 37), 132 ff. Dazu auch *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1133 sowie *Ernst-Wilhelm Luthe* Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts nach § 31a SGB X, SGb 2017, 250 (254 f.). Damit die Gerichte derartige Ermessensentscheidungen überprüfen können, müssen sie jedoch feststellen können, ob dem KI-System ein Feh-

dieser Technologie mangels ihrer vollständigen Determinierung[236] durchweg abgelehnt wurde,[237] lotet das aktuelle Schrifttum angesichts der großen Potenziale der KI Einsatzfelder für sie aus.[238] Bei lernenden Systemen können rechtliche Vorgaben an die Qualität der Lerndaten oder zur diskriminierungsfreien Modellierung einen wichtigen Beitrag zur Gesetzmäßigkeit ihres Outputs leisten.[239] Zu den weiteren Einsatzvoraussetzungen gehören das Trainieren und Testen der KI-Systeme, bis sie ein stabiles Niveau[240] mit nur noch geringem Fehlerpotenzial erreichen, so dass dieses Risiko angesichts ihres Einsatzzwecks hinnehmbar erscheint. In ihrer Einsatzphase sind KI-Systeme regelmäßigen Kontrollen zuzuführen.[241] Außerdem muss die

---

ler bei seiner Entscheidung unterlaufen ist. Dies setzt die Kenntnis darüber voraus, wie das System zu seiner Entscheidung gelangt ist.

[236] *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1133; *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 3.

[237] Dazu *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 276 f. der auf den Black Box-Charakter von Algorithmen verweist und darauf, dass diese nicht in der Lage seien, einheitliche Ergebnisse zu erzeugen; *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 99 ff.

[238] Näher dazu *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 32 ff.

[239] S. etwa § 4 Abs. 3 S. 7 FlugDaG sowie S. 1, der als zusätzliche Sicherung die Einbeziehung des Datenschutzbeauftragten in die Mustererstellung vorgibt. S. auch *Martin Rost* Künstliche Intelligenz, DuD 2018, 558 (562 f.). Zur zentralen Bedeutung der Vorgabe der ersten initiierenden Wertentscheidungen und Maßstäbe für das Selbstlernen *Enders* Einsatz künstlicher Intelligenz (Fn. 29), 725 f. und dazu, dass sich nur so die Effektivität des Rechts am besten sicherstellen lässt, *Herberger* „Künstliche Intelligenz“ (Fn. 53), 2828. Dafür, dass „ethics by, in and for design“ als integraler Bestandteil der KI im gesamten Prozess der Entwicklung und Anwendung von KI Beachtung finden soll, Empfehlungen der Datenethikkommission für die Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung vom 9.10.2018 (Fn. 54).

[240] Zur Zuverlässigkeit als Standarderfordernis *Ramak Molavi* Künstliche Intelligenz – Entwicklung, Herausforderungen, Regulierung, JRP 2018, 7 (10).

[241] *Braun Binder*, Algorithmic Regulation (Fn. 191), 116 f.; s. auch § 4 Abs. 3 S. 1 FlugDaG, wonach die Muster für den Abgleich regelmäßig, mindestens alle sechs Monate zu kontrollieren sind, sowie § 88 Abs. 5 S. 3 Nr. 4 AO. Dazu, dass man die Systeme einer Analyse in Bezug auf ihre Wirkungen unterziehen sollte und sogar Kontrollalgorithmen eingesetzt werden könnten, *Martini* Algorithmen als Herausforderung (Fn. 198), 1022; *Martini/Nink* Wenn Maschinen entscheiden (Fn. 173), 12. Soweit Informationsfreiheitsgesetze existieren, kann über diese Zugang zu den Ergebnissen erlangt werden. Zur Förderung der Akzeptanz von KI könnte es sinnvoll sein, diese Ergebnisse allgemein publik zu machen oder, wie im Falle des § 4 Abs. 3 S. 8, 9 FlugDaG den Bundesbeauftragten für Datenschutz dem Parlament in bestimmten Zeitabständen darüber Bericht erstatten zu lassen. Es versteht sich von selbst, dass die Verwaltung vorherigen Zweifeln an der Richtigkeit der Ergebnisse der KI-Systeme nachzugehen hat. Dazu, dass die IT-Systeme aus Gründen der demokratischen Legitimation idealerweise so zu konzipieren sind, dass sie sich nach einem Hinweis an einen Amtswalter abschalten, *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 47. Zwar könnte man in dieser Hinsicht auch an eine Übertragung der

jederzeitige Möglichkeit zur Intervention durch Amtswalter bestehen.[242] Bei grundrechtsrelevanter Wirkung hat der Parlamentsgesetzgeber alle wesentlichen Punkte des KI-Einsatzes zu regeln.[243]

Hauptproblem der aktuellen KI-Technologien ist die Undurchsichtigkeit ihrer Entscheidungen, was im Fachjargon mit „black box" umschrieben wird.[244] Neben Kennzeichnungen und aussagekräftigen Informationen über das Funktionieren der jeweiligen KI[245] führen allgemeine Offenlegungsforderungen bei lernenden Systemen nicht weiter.[246] Weil die Entscheidungen

---

Erkenntnisse zur Gesetzgebungstechnik der dynamischen Verweisung denken. Da die IT aber Zeit zur Stabilisierung braucht, die Abbildbarkeit von Recht durch IT ein äußerst schwieriges Unterfangen ist und an KI erhöhte Test- und Kontrollanforderungen zu stellen sind, sind derartige Überlegungen momentan nicht zielführend.

[242] S. zur Intervenierbarkeit aber ohne Bezug zur Verwaltung *Rost* Künstliche Intelligenz (Fn. 239), 564.

[243] *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 114. S. auch *Enders* Einsatz künstlicher Intelligenz (Fn. 29), 727. Da auch Amtswaltern Fehler unterlaufen können (s. §§ 44 ff. VwVfG), wird sich der Gesetzgeber in Anlehnung an BVerfGE 49, 89 (132 ff.) zur Brütertechnik auch hinsichtlich der Nutzung der KI-Technologie für die Hinnahme eines gewissen Restrisikos bei ausreichenden Regelungen zu dessen Eindämmung samt deren Beobachtung entschließen können. Dazu, das ausgewogenes Recht sich positiv auf die Akzeptanz von KI auswirken kann, *Nehm* Autonomes Fahren (Fn. 67), 400, und für die Entwicklung der Technologie positiv sein kann, *Molavi* Künstliche Intelligenz (Fn. 240), 11. Zu den für etwaige gesetzliche Regelungen relevanten Punkten, allerdings bezogen auf den Verbraucherschutz, Gesellschaft für Informatik (Fn. 54), unter 7.3, 8.3. Die Datenethikkommission (Fn. 54) spricht sich in ihren Empfehlungen für die Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung vom 9.10.2018 dafür aus, dass im gesamten Ökosystem der KI Transparenz, Nachvollziehbarkeit, Diskriminierungsfreiheit und Überprüfbarkeit umzusetzen sind, des Weiteren werden Maßnahmen für eine nachhaltige Qualitätssicherung, angemessene und effektive Interventionsmöglichkeiten sowie wirkungsvoller Rechtsschutz für notwendig erachtet. S. auch das Positionspapier von BfDI und acht Landesbeauftragten (Fn. 211).

[244] Zur KI als „black box" *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 43; s. auch *Lenzen* Künstliche Intelligenz (Fn. 53), 75 ff.

[245] *Martini* Algorithmen als Herausforderung (Fn. 198), 1020. Dabei ist zweifelhaft, ob bei KI noch aussagekräftige Informationen in verständlicher Sprache zur Verfügung bereitgestellt werden können, dazu *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 47, 53. In zutreffender Weise dürfte die Antwort auf diese Frage je nach Art der KI und technologischem Fortschritt unterschiedlich ausfallen.

[246] In diese Richtung tendierend aber *Schmitz/Prell* Neues zum E-Government (Fn. 46), 1277; *Sabine Tönsmeyer-Uzuner* Expertensysteme in der öffentlichen Verwaltung, 2000, 214 ff. Eine Veröffentlichung der Trainingsdaten der KI-Systeme wäre angesichts der riesigen Datenmengen sowie der sich permanent ändernden Systeme unverhältnismäßig. Der BfDI und acht Landesbeauftragte sprechen sich in ihrem Positionspapier (Fn. 211), 3 f., grundsätzlich für eine Transparenz hinsichtlich der Datenkategorien der Ein- und Ausgabedaten des Verfahrens, der darin enthaltenen Logik sowie der Tragweite der darauf basierenden Entscheidungen sowie für die möglichen Auswirkungen des Verfahrens aus.

der Verwaltung aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen grundsätzlich ausreichend nachvollziehbar sein müssen,[247] bleibt abzuwarten, ob solche Fortschritte im Bereich der verständlichen KI (explainable AI) erzielt werden,[248] dass diese Technologie rechtlichen Begründungsanforderungen genügen kann.[249] Ihr Einsatz kommt zurzeit mangels Ausgereiftheit für vollautomatisierte Verwaltungsakte nicht in Betracht.[250] Bei Informationen der KI-Systeme für letztverantwortlich entscheidende Amtswalter müssen sich diese in rechtmäßiger Weise in deren Entscheidungsfindungsprozess einbinden lassen.[251] Momentan ist auf Seiten der Verwaltung an den Einsatz von KI vor allem bei niederschwelligen Angeboten zu denken,[252] z.B. bei einfachen Auskünften von Govbots[253] oder im behördlichen Innenbereich, etwa bei der Sortierung der Eingangspost.[254]

---

[247] *Müller-Franken* Grundfragen (Fn. 161), 120; *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 44; s. auch BVerfGE 123, 39 (68 ff.). Dazu, dass sich derzeit die selbstlernenden Systeme, wenn auch nicht vollständig inhaltlich, auf den Menschen rückführen lassen, *Hans Peter Bull* Sinn und Unsinn des Datenschutzes, 2015, 119.

[248] Zu dieser neuen Forschungsrichtung der KI *Lenzen* Künstliche Intelligenz (Fn. 53), 77 ff.; s. auch *Andreas Holzinger* Explainable AI (ex-AI), Informatik Spektrum 2018, 138 ff.; *Bernhard Waltl/Roland Vogl* Increasing Transparency in Algorithmic-Decision-Making with Explainable AI, DuD 2018, 613 (613 ff.). S. auch die FAT-Forschung *Bruno Lepri/Nuria Oliver/Emmanuel Letouzé/Alex Peutland/Patrick Vinck* Fair, transparent and accountable algorithmic decision-making processes, Philosophy & Technology vom 15.8.2017, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs13347-017-0279-x.pdf> (Stand 30.10.2018).

[249] *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 59 ff. Bei der verfassungsrechtlichen Auslotung ist allerdings sehr vorsichtig einzubeziehen, dass seit jeher ausnahmsweise Entscheidungen ohne oder mit nachträglicher Begründung für ausreichend erachtet werden, s. § 39 Abs. 2, § 45 Abs. 1 Nr. 2, § 46 VwVfG. Zu dieser Problematik aber ohne Bezug auf die Verwaltung auch *Thomas Hoeren/Maurice Niehoff* KI und Datenschutz – Begründungserfordernisse automatisierter Entscheidungen, RW 2018, 47 (57 ff.).

[250] *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 47: Keine aktuelle Fragestellung.

[251] Zu den Überlegungen hinsichtlich Precobs *Rademacher* Predictive Policing (Fn. 51), 381 ff. Dazu, dass sich gerade in sicherheitsrelevanten Bereichen die Frage nach der Vertrauenswürdigkeit der Ergebnisse stellt, *Ursula Sury* Blockchain und Datenschutz, Informatik Spektrum 2018, 144 (147 f.). Zur Frage des KI-Einsatzes bei der Entscheidungsvorbereitung von Richtern *Enders* Einsatz künstlicher Intelligenz (Fn. 29), 723.

[252] So auch die Position der Bundesregierung BT-Drucks. 19/1982, 14.

[253] Bei denen es keinen besonderen individuellen Beratungsbedarf gibt. Dabei handelt es sich um Wissenserklärungen ohne großes Schadenspotenzial. Zu den Fragen der Modifizierung der Haftung bei Einsatz derartiger Systeme z.B. *Teubner* Digitale Rechtssubjekte (Fn. 210), 189 ff.

[254] Also wenn sich Ausreißer ohne weiteres feststellen und beheben lassen. Zu derartigen Einsatzmöglichkeiten BT-Drucks. 19/1982, 12 ff. Auch bei Übersetzungen ausländischer Sprachen können KI-Systeme wertvolle Hilfestellungen liefern.

VII. Folgen für die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts

1. Aufbrechen der VwVfG-Simultangesetzgebung durch EGovGe

Erhebliche Auswirkungen auf die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts ergeben sich aus der zunehmenden Verrechtlichung des E-Governments.[255] Zwischenzeitlich haben der Bund und eine Mehrzahl der Bundesländer[256] E-Government-Gesetze erlassen. Während der Gesetzgeber mit dem 2003 in Kraft getretenen § 3a Abs. 1 VwVfG der Verwaltung die elektronische Kommunikation nur ermöglichen wollte, finden sich in den E-Government-Gesetzen vermehrt obligatorische Vorgaben für die Verwaltung, etwa zur elektronischen Zugangseröffnung, Aktenführung und Rechnungslegung.[257] Angesichts der föderalen Vielfalt weichen die E-Government-Gesetze auf Landesebene teils beträchtlich vom E-Government-Gesetz des Bundes ab.[258] Im Unterschied zu anderen E-Government-

---

[255] *Martin Eifert* Elektronische Verwaltung – von der Verwaltungsreform zum Verwaltungsreformrecht, in: Peter Friedrich Bultmann/Klaus Joachim Grigoleit/Christoph Gusy/Jens Kersten/Christian-W. Otto/Christina Preschel (Hrsg.) FS Ulrich Battis, 2014, 421 (422 f.), der als Ursachen dafür das Überschreiten der Organisationsgrenzen, Gründe der Rechtssicherheit und die Unzufriedenheit mit der Eigeninitiative der Verwaltung ausmacht; s. auch *Denkhaus* Vom E-Government zur Digitalisierung (Fn. 20), Kap. 1 Rn. 22. Allgemein zu den Vor- und Nachteilen der Kodifizierung, allerdings bezogen auf die Europäische Union *Annette Guckelberger/Frederic Geber* Allgemeines Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht vor seiner unionsrechtlichen Kodifizierung?, 2013, 105 ff.

[256] Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein, Thüringen. Dazu, dass es zusätzlicher Aktivitäten der Länder bedarf, weil der Bund aufgrund von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG keine Aufgaben auf Gemeinden und Gemeindeverbände übertragen darf, *Wolfgang Beck* Wirkungsorientierte Verwaltungssteuerung durch E-Government-Gesetze in Deutschland, in: Jürgen Stember/Wolfgang Eixelsberger/Andreas Spichiger (Hrsg.) Wirkungen von E-Government, 2018, 181 (193). Eingehend zum EGovG Bund *Marius Herr* Das E-Government-Gesetz des Bundes – Ein verwaltungswissenschaftlicher Literaturbericht –, FÖV Discussion Papers 82, Speyer 2015.

[257] Von der Ermöglichungs- zur Aktivierungsfunktion des Rechts *Denkhaus* Vom E-Government zur Digitalisierung (Fn. 20), Kap. 1 Rn. 42 f. Zur vergleichbaren Entwicklung im Vergaberecht *Thorsten Siegel* Elektronisierung des Vergabeverfahrens, LKV 2017, 385 (386). *Veith Mehde* E-Government durch Gesetz?, in: Jörn von Lucke/Klaus Lenk (Hrsg.) FS Heinrich Reinermann, 2017, 263 (272) hinterfragt die Bezeichnung der E-Government-Gesetze, da sie mehr versprechen, als sie halten können. Andererseits enthalten diese Bausteine für das E-Government, die als zentral erscheinen, sodass deren bereichsspezifische Regelung hier nicht sinnvoll wäre.

[258] Zu den Annahmen hinsichtlich der Wirkung des EGovG Bund, BT-Drucks.17/11473, 2, wobei sich der Bund vermutlich wegen der Schwerfälligkeit der Änderung des VwVfG für ein spezielles Gesetz entschieden hat. Dass sich seine Vorstellung von der Vorbildwirkung seines EGovG für die Landesebene nur teilweise realisiert hat, geht auf die unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen, aber auch finanziellen Verhältnisse der einzelnen

Gesetzen ist das Bayerische E-Government-Gesetz insbesondere stark subjektiv-rechtlich geprägt.[259] Von der Formenwahlfreiheit abweichend schreibt § 4 Abs. 1 S. 2 EGovG NRW vor, dass die Behörden bei Wahl eines elektronischen Kommunikationswegs durch Private diesen elektronisch antworten sollen.[260]

Aufgrund des Vorrangs der Vorschriften in den E-Government-Gesetzen gegenüber dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht[261] verliert letzteres in einem zentralen Bereich an Bedeutung. Da nunmehr beim Vollzug des Bundesrechts zu prüfen ist, ob das E-Government-Gesetz des Bundes oder des Landes oder das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht einschlägig ist, verkompliziert sich die Rechtslage.[262] Man kann geteilter Meinung sein, ob diese Abweichung von der Simultangesetzgebung bei den Verwaltungsverfahrensgesetzen von Bund und Ländern sowie dem Prinzip „eine Behörde, ein Verfahrensrecht" zu bedauern[263] oder darin ein Innovationsschub für das Verwaltungsverfahrensrecht zu sehen ist.[264]

Bundesländer zurück. Eingehend zu den verschiedenen E-Government-Gesetzen *Beckermann* E-Government-Gesetzgebung (Fn. 115), 167 ff.

[259] Nach Art. 2 S. 1 BayEGoVG kann jeder nach Maßgabe der Art. 3–5 elektronisch mit den Behörden kommunizieren und ihre Dienste beanspruchen und nach Art. 2 S. 2 verlangen, dass Verwaltungsverfahren nach Maßgabe des Art. 6 ihm gegenüber elektronisch durchgeführt werden. Allerdings lässt diese Ausgestaltung den Behörden durchaus noch Spielräume, s. BayLT-Drucks. 17/7537, 27 f.

[260] Vergleichbar § 9 Abs. 1 ThürEGovG.

[261] S. § 1 Abs. 4 EGovG Bund sowie BT-Drucks. 17/11473, 33. Dazu, dass das BayEGovG aber nur bei vergleichbaren Regelungen gegenüber dem BayVwVfG vorrangig, im Übrigen gegenüber inhaltsgleichen oder entgegenstehenden Vorschriften des besonderen Verwaltungsrechts nachrangig ist, BayLT-Drucks. 17/7537, 25.

[262] Zur Etablierung möglichst einheitlicher Vollzugsstrukturen findet nach Art. 1 Abs. 3 BayEGovG das E-Government-Gesetz des Bundes nur beim Vollzug von Bundesrecht im Auftrag des Bundes Anwendung. Zur einheitlichen Anwendung der §§ 52a ff. VwVfG S-H *Schulz* Der landesrechtliche Rahmen (Fn. 145), Kap. 9 Rn. 5 f.

[263] S. auch *Schulz* Der landesrechtliche Rahmen (Fn. 145), Kap. 9 Rn. 11; zur Frage eines eigenständigen Gesetzes auch *Schliesky* Der bundesrechtliche Rahmen (Fn. 120), Kap. 8 Rn. 41; zur Bedeutung des Prinzips der Simultangesetzgebung im Verwaltungsverfahrensrecht z.B. *Klaus Schönenbroicher* in: Thomas Mann/Christoph Sennekamp/Michael Uechtritz (Hrsg.) VwVfG, 2014, § 1 Rn. 97 ff.; s. auch *Heribert Schmitz*, Simultangesetzgebung von Bund und Ländern im Verwaltungsverfahrensrecht, in: Hermann Hill/Karl-Peter Sommermann/Ulrich Stelkens/Jan Ziekow (Hrsg.) 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, 2011, 253 (253 ff.).

[264] *Beckermann* E-Government-Gesetzgebung (Fn. 115), 168, 172 ff.; *Schulz* Der landesrechtliche Rahmen (Fn. 145), Kap. 9 Rn. 11. S. allgemein *Wolfgang Kahl/Patrick Hilbert* Die Bedeutung der Kodifikation im Verwaltungsrecht, RW 2012, 453 (480); *Schönenbroicher* in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 263), § 1 Rn. 98.

2. Integration von EGovG-Normen in die VwVfGe

Nach Erprobung der Regelungen liegt es nahe, zum bislang bestehenden Paradigma der Simultangesetzgebung zurückzukehren und die Vorschriften zum elektronischen Verwaltungshandeln möglichst umfassend in die Verwaltungsverfahrensgesetze zu integrieren.[265] Dabei ist zu überlegen, wo man die Vollautomatisierung angesichts ihrer Bedeutung auch für öffentlich-rechtliche Verträge am besten verortet[266] und ob man nicht die elektronische Aktenführung in den Verwaltungsverfahrensgesetzen regeln könnte. Zugleich bestünde so die Gelegenheit, gewisse Annahmen wieder mehr an die Realität heranzuführen. Dies gilt u.a. für die Vorstellung, dass die Bürger trotz Angabe elektronischer Kontaktdaten mit einer elektronischen Kommunikation i.S.d. § 3a Abs. 1 VwVfG einverstanden sein müssen,[267] oder für § 41 Abs. 2a S. 4, 5 VwVfG, wonach bei Untätigkeit die Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes erst nach zehn Tagen als nicht bewirkt gilt, obwohl der Beteiligte zuvor in dessen Abruf über öffentlich zugängliche Netze eingewilligt hat.[268] Überdies hat der Verfahrensgesetzgeber beispiels-

---

[265] Wie hier *Schulz* Der landesrechtliche Rahmen (Fn. 145), Kap. 9 Rn. 4. Zur möglichen Wiederbelebung der Kodifikationsidee durch die Digitalisierung *Glaser* Einflüsse (Fn. 37), 187. Der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber hat bereits einen Teil der E-Government-Vorschriften in sein VwVfG integriert, weil es nicht nachvollziehbar sei, papierbasiertes und elektronisches Verwaltungsverfahrensrecht in zwei unterschiedlichen Gesetzen zu regeln, LT-Drucks. S-H 18/4463, 5.

[266] Dazu *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 4, der zutreffend in Rn. 9 auf den Änderungsbedarf hinsichtlich der Schriftform aufmerksam macht. S. dazu auch *Heckelmann* Smart Contracts (Fn. 62), 507 f., der in seinen auf das BGB bezogenen Ausführungen davon ausgeht, dass ein Vertrag auch in Programmiersprache abgefasst werden kann. Angesichts § 23 VwVfG lässt sich diese Aussage nicht auf das öffentlich-rechtliche Vertragsrecht übertragen und es müsste überlegt werden, wie man in dieser Hinsicht zu sinnvollen Ergebnissen gelangen kann. Sofern in das BGB Vorschriften zu Smart Contracts aufgenommen werden sollten, reduziert sich aufgrund der Verweisungsklausel des § 62 VwVfG möglicherweise der Änderungsbedarf.

[267] *Heribert Schmitz* in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.) VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 3a Rn. 12; *Johannes Dietlein/Jan Heinemann* eGovernment und elektronischer Verwaltungsakt NWVBl. 2005, 53 (55); *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 165), § 14 Rn. 22; *Annette Guckelberger* Informatisierung der Verwaltung und Zugang zu Verwaltungsinformationen, VerwArch 97 (2006), 62 (67); *Dirk Heckmann/Florian Albrecht* in: Rainer Bauer/Dirk Heckmann/Kay Ruge/Martin Schallbruch/Sönke E. Schulz Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government, 2. Aufl. 2014, § 3a VwVfG Rn. 54 f.; s. auch BVerwG, BayVBl. 2017, 568 (569).

[268] *Annette Guckelberger* Digitalisierung und ihre Folgen für die postalische Bekanntgabe von Verwaltungsakten, NVwZ 2018, 359 (361). Zur abweichenden Rechtslage bzgl. der elektronischen Bekanntgabe in Bayern s. Art. 6 Abs. 4 BayEGovG sowie kritisch gegenüber diesem Sonderweg *Braun Binder* Vollständig automatisierter Erlass (Fn. 46), 898.

weise die Auswirkungen des Rückgangs des Briefvolumens für die Ausgestaltung der postalischen Bekanntgabe von Verwaltungsakten im Blick zu behalten.[269]

Die Schaffung angemessener normativer Rahmenbedingungen rund um das Thema E-Government ist eine anspruchsvolle Aufgabe. Wegen der Dynamik in diesem Bereich wird wohl noch einige Zeit bis zu einer grundlegenden Nachjustierung der Verwaltungsverfahrensgesetze vergehen.[270] Der Verwaltungsrechtswissenschaft obliegt es, bis dahin aufgrund einer präzisen Analyse der Rechtslage geeignete Regelungsvorschläge zu entwickeln.[271] Außerdem sollte sie die Überlegungen zum Einsatz digitaler Technologien in der Verwaltung konstruktiv, aber auch kritisch begleiten. Alles in allem hängt das Ausmaß des Paradigmenwechsels durch E-Government nicht nur von den jeweiligen technischen Möglichkeiten, sondern auch vom Willen aller Beteiligter sowie der Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen ab.

---

[269] *Guckelberger* Digitalisierung (Fn. 268), 359 ff. Vergleichbares gilt für das Aufwandsargument als Ablehnungsgrund von Informationszugangsanträgen *Gernot Sydow* Elektronische Aktenführung, behördliches Informationsmanagement und Informationsfreiheit, in: Thomas Dreier/Veronika Fischer/Anne van Raay/Indra Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.) Informationen der öffentlichen Hand, 2016, 193 (207).

[270] Beispielsweise liegt es nahe, erste Erfahrungen mit dem realisierten Portalverbund, aber auch im Hinblick auf Verbindungen zur E-Justice abzuwarten. Neben bereichsspezifischen Anforderungen an Algorithmen der Verwaltung bietet es sich an, allgemeine Anforderungen an diese zunächst in den E-Government-Gesetzen und Transparenzanforderungen, soweit vorhanden, in die Informationsfreiheitsgesetze aufzunehmen. S. dazu auch BfDI und acht Landesbeauftragte im Positionspapier (Fn. 211), 3.

[271] So auch *Glaser* Einflüsse (Fn. 37), 187. Dazu, dass das Recht als Grund für die Technikentwicklung fungieren, diese aber auch begrenzen kann und im Übrigen eine Gestaltungsfunktion hat, *Christian Djeffal* Normative Leitlinien für künstliche Intelligenz in Regierung und öffentlicher Verwaltung, in: Resa Mohabbat Kar/Basanta Thapa/Peter Parycek (Hrsg.) Kompetenzzentrum Öffentliche IT, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, 2018, 493 (503 ff.).

Leitsätze der 1. Referentin über:

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

I. Einleitung

II. E-Government: Vorläufer und Bedeutung

(1) Bereits ab Ende der 1950er Jahre befassten sich erste rechtswissenschaftliche Abhandlungen mit der „Technisierung“ und „Automation“ von Verwaltungsentscheidungen.

(2) 1993 schlug US-Vizepräsident Al Gore unter der Überschrift „Electronic Government“ Abhilfemaßnahmen zum Abbau der Rückständigkeit der US-Verwaltung bei den Informationstechnologien vor. Diese Kurzformel wurde etwas später in Deutschland aufgegriffen.

1. Weites und enges Begriffsverständnis von E-Government

(3) Die Speyerer Definition von E-Government als „die Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken“ (nachfolgend IKT) bringt deren Optimierungspotenzial zur Verbesserung der Verwaltung zu wenig zum Ausdruck.

(4) E-Government ist ein Leitbild. Teils werden als dessen Adressaten alle drei staatlichen Gewalten genannt. Angesichts der anderen (verfassungs-)rechtlichen Determinierung von Legislative, Judikative und Regierung beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Verwaltung.

2. Ablösung des E-Governments durch Smart Government?

(5) Smart Government soll nach der Häfler Definition die Abwicklung geschäftlicher Regierungs- und Verwaltungsprozesse „mit Hilfe von intelligent vernetzten“ IKT bedeuten. Von diesem neuen Leitbild ist abzuraten.

III. Vision des E-Governments aus IT-Sicht

(6) Spinnt man die Vorstellungen einer IT-begeisterten Person in ihrer Euphorie weiter, wird sich die Verwaltung aller Potenziale der IKT bedienen. Verwaltungsentscheidungen werden vollständig automatisiert erlassen. Wenn Amtswalter noch Einzelfälle bearbeiten, werden sie durch Legal Tech-Anwendungen unterstützt. Aufgrund von Big Data-Analysen kann die Verwaltung ihre Maßnahmen an Echtzeitinformationen ausrichten. Auf selbstlernenden Algorithmen basierende Künstliche Intelligenzen (KI) werden z.B. bei intelligenten Govbots eingesetzt. Da die Blockchain-Technologie ohne Intermediäre auskommt, braucht die Verwaltung keine öffentlichen Register mehr zu führen.

(7) Die Verwirklichung dieser Vision ist mit einem grundlegenden Paradigmenwechsel für die Verwaltung verbunden. In ihr übernimmt die Technik zunehmend Tätigkeiten von Amtswaltern. Während die Verwaltung immer mehr IT-Spezialisten benötigt, sinkt der Bedarf an Sachbearbeitern und Verwaltungsjuristen.

IV. Ernüchternder Befund hinsichtlich der E-Government-Realisierung

(8) Im europäischen Vergleich schneidet Deutschland beim E-Government mittelmäßig ab. Nach dem Befund des Nationalen Normenkontrollrats von 2016 gibt es de facto kein wirksames E-Government, sondern eine heterogene und zerklüftete E-Government-Landschaft mit vielen Insellösungen und einzelnen Leuchttürmen.

1. Ursachenbündel für den Rückstand beim E-Government

(9) Neben der mangelnden Bekanntheit und Nutzerfreundlichkeit der Online-Dienste sowie datenschutz- und IT-sicherheitsrechtlichen Bedenken werden auch die Beharrungstendenzen der Verwaltung und u.a. deren Prägung durch Juristen als Verhinderungsfaktoren ausgemacht. Heute stehen jedoch viele Juristen der Digitalisierung aufgeschlossen gegenüber. Zudem deuten die „Zauberworte" E-Government bzw. Digitalisierung auf die vordergründige Ausrichtung allen Handelns am technisch Machbaren hin. Das Recht setzt dem Technikeinsatz jedoch Grenzen.

2. Konsequenzen

(10) Durch entsprechende Maßnahmen ist die Umsetzung des E-Governments zu verbessern. Eine Staatszielbestimmung zur digitalen

Infrastruktur könnte den flächendeckenden Breitbandausbau forcieren. Außerdem müssen Personen jeden Alters über ausreichende Möglichkeiten zum Erwerb des notwendigen Wissens in Sachen digitaler Technologien samt ihrer Risiken verfügen.

(11) Zur Vermeidung der Nachteile einer digitalen Spaltung müssen traditionelle Zugänge zur Verwaltung fortbestehen. Deshalb können sich die IKT-Potenziale nicht voll entfalten.

3. Übergreifender informationstechnischer Zugang zu Verwaltungsleistungen

(12) Art. 91c Abs. 5 GG enthält einen Regelungsauftrag zur Schaffung eines übergreifenden informationstechnischen Zugangs zu den Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern. Nach § 1 Abs. 1 Onlinezugangsgesetz (OZG) haben Bund und Länder bis Ende 2022 ihre Verwaltungsleistungen im Portalverbund elektronisch anzubieten. Entgegen anderslautender Stimmen bezieht sich das OZG auch auf die Gemeinden und Kreise. Allerdings müssen unverhältnismäßige Eingriffe in ihre Organisationshoheit (Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG) unterbleiben.

V. Organisationsrechtliche Auswirkungen

1. Koordinierung der IKT in der Verbundverwaltung

a) Zusammenwirken von Bund und Ländern bei informationstechnischen Systemen

(13) Art. 91c Abs. 1 bis 4 GG ermöglichen das Zusammenwirken von Bund und Ländern bei informationstechnischen Systemen. Zur Verstärkung der Durchsetzungskraft des IT-Planungsrats soll dieser künftig durch eine Anstalt des öffentlichen Rechts in gemeinsamer Trägerschaft unterstützt werden.

b) Ressortübergreifende IKT-Abstimmung auf Bundesebene

(14) Aus Art. 91c GG lässt sich indirekt das Gebot ressortübergreifender Abstimmungen in IKT-Angelegenheiten entnehmen. Diese erfolgen durch das sog. Digitalkabinett und diverse andere Gremien. Neben dem beim BMI angesiedelten Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik gibt es nun eine Staatsministerin für Digitalisierung beim Bundeskanzleramt.

c) IKT-Abstimmung in den Bundesländern

(15) In allen Bundesländern gibt es in unterschiedlicher Ausgestaltung Beauftragte für Informationstechnologien, Gremien zur ressortübergreifenden IKT-Abstimmung sowie für das Zusammenwirken mit den Kommunen. Einige Bundesländer haben diese Abstimmungsmechanismen teils in ihren E-Government-Gesetzen (EGovG) verrechtlicht.

2. Änderung der Zuständigkeiten infolge der IKT

(16) Auch wenn infolge der IKT andere Zuständigkeitsausgestaltungen denkbar sind, setzen Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG sowie das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip derartigen Überlegungen Grenzen. Bislang hat das E-Government zu keinen grundlegenden Zuständigkeitsänderungen geführt. Angesichts der für den Normalbürger nur schwer überschaubaren Zuständigkeitsordnung greift Art. 91c Abs. 5 GG die Idee des One-Stop-Prinzips verfassungsrechtlich auf.

VI. Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren

1. Vollständig automatisierter Erlass von Verwaltungsakten, § 35a VwVfG

(17) Mit § 35a VwVfG über den vollständig automatisierten Erlass von Verwaltungsakten hat sich der Bundesgesetzgeber den Stimmen angeschlossen, nach denen sich Konditionalprogramme für einen automatisierten Gesetzesvollzug eignen können.

(18) Entgegen dem von § 35a VwVfG erweckten Anschein richtet sich die Vollautomatisierung nicht nach der eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte bei Ermessen und Beurteilungsspielräumen, sondern der IT-Abbildbarkeit von Normen sowie der Standardisierbarkeit von Sachverhaltsermittlung und -bewertung. Daran dürfte es z.B. bei der Automatisierung von Baugenehmigungsverfahren derzeit fehlen.

2. Anforderungen an den Algorithmeneinsatz bei vollautomatisierten Entscheidungen

(19) Die nach § 35a VwVfG erforderliche Zulassung vollständig automatisierter Verwaltungsakte durch Rechtsvorschrift ist insbesondere Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO geschuldet. Deshalb sowie zur Sicherstellung der Gesetzmäßigkeit muss die Verwaltung nach § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG die für den Einzelfall bedeutsamen tatsächlichen Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden. Errei-

chen lässt sich dies z.B. durch die Eröffnung von Freitextangaben, sofern man derartige Angaben von rechtsunkundigen Normalbürgern erwarten kann.

(20) Die IT-Systeme dürfen von der Verwaltung nur zum Gesetzesvollzug freigegeben werden, nachdem ausreichend getestet wurde, dass diese rechtmäßige Entscheidungen produzieren.

3. Veröffentlichung der Algorithmen bei vollautomatisierten Entscheidungen

(21) Stuft man Algorithmen nach heute h.M. als Verwaltungsvorschriften ein oder will sie wie diese behandeln, sind Algorithmen bereits jetzt publik zu machen, soweit man eine Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften aus rechtsstaatlichen Gründen für notwendig erachtet oder eine solche in einzelnen Bundesländern durch Transparenz- bzw. Informationsfreiheitsgesetz vorgeschrieben ist.

(22) In Verwaltungsvorschriften inkorporierte Algorithmen, wie bei gewissen Programmablaufplänen, teilen deren Rechtsnatur. Da sich Verwaltungsvorschriften an Behördenbedienstete richten, Algorithmen dagegen nach ihrer Darstellungsform für IT-Systeme bestimmt sind, sind Algorithmen nicht generell als Verwaltungsvorschriften einzustufen.

4. Vollautomatisierte Entscheidungen und Verfahrensrechte

(23) Für die Zulassung vollautomatisierter Verwaltungsakte ist entscheidend, ob derartige Maßnahmen ohne Involvierung eines Amtswalters im Einzelfall ihren Adressaten zumutbar sind.

(24) Widersprüche gegen vollautomatisierte Verwaltungsakte sind von Amtswaltern zu bearbeiten.

(25) Verbleibende ausreichende Kommunikationsmöglichkeiten mit Amtswaltern setzen einen Kontrapunkt zur Entpersönlichung der Verfahren.

(26) Im Zeitalter der Digitalisierung ist darauf zu achten, dass die im Ermessen der Verwaltung liegende Ausnahme von der vorherigen Anhörung bei belastenden Verwaltungsakten mithilfe automatischer Einrichtungen nach § 28 Abs. 2 Nr. 4 Var. 3 VwVfG nicht zur Regel wird. Bereits bei der Entscheidung über die Zulassung der Vollautomatisierung ist sorgfältig zu prüfen, ob die Motive für eine Anhörung nicht gewichtiger als das Vollautomatisierungsinteresse sind.

(27) § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG sollte gestrichen werden.

(28) Da der Einzelne sein Akteneinsichtsrecht nach Start der Bearbeitung durch das IT-System bis zum Erlass des Verwaltungsakts nicht effektiv wahrnehmen kann, sollte § 29 VwVfG nachjustiert werden. Den Beteiligten

ist nachträglich Akteneinsicht zu gewähren, ggf. auf Verlangen mit einer Pflicht zur verständlichen Erläuterung der Dokumentation.

5. Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung

(29) Angesichts der großen Potenziale der KI-Technologie lotet das aktuelle Schrifttum Einsatzfelder für diese im Bereich der Verwaltung aus. Rechtliche Vorgaben an die Qualität der Lerndaten oder zur diskriminierungsfreien Modellierung können einen wichtigen Beitrag zur Gesetzmäßigkeit des Outputs der KI-Systeme leisten. Letztere sind so lange zu trainieren und zu testen, bis sie ein stabiles Niveau mit so geringem Fehlerpotenzial erreichen, dass dieses Risiko hinnehmbar erscheint. In der Einsatzphase sind sie regelmäßig zu kontrollieren. Auch muss die jederzeitige Möglichkeit zur Intervention durch Amtswalter bestehen. Bei grundrechtsrelevanter Wirkung hat der demokratisch legitimierte Gesetzgeber alle wesentlichen Punkte des KI-Einsatzes zu regeln.

(30) Es bleibt abzuwarten, ob solche Fortschritte im Bereich der verständlichen KI (explainable AI) erzielt werden, dass diese Technologie rechtlichen Begründungsanforderungen genügen kann.

VII. Folgen für die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts

1. Aufbrechen der VwVfG-Simultangesetzgebung durch EGovGe

(31) Der Bund und die meisten Bundesländer haben EGovGe erlassen. Wegen des Vorrangs der EGovGe verlieren die VwVfGe in einem zentralen Bereich an Bedeutung.

2. Integration von EGovG-Normen in die VwVfGe

(32) Nach Erprobung der neuen Regelungen sind diese im Wege der Simultangesetzgebung möglichst umfassend in die VwVfGe zu integrieren.

(33) Zugleich sind gewisse Annahmen mehr an die Realität heranzuführen.

(34) Der Rechtswissenschaft obliegt es, dafür geeignete Regelungsvorschläge zu entwickeln. Außerdem sind Überlegungen zum Einsatz bestimmter digitaler Technologien in der Verwaltung konstruktiv, aber auch kritisch zu begleiten.

Dritter Beratungsgegenstand:

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

2. Referat von *Hanno Kube*, Heidelberg

Inhalt

I. Langjährige Entwicklung und neuartige Rechtsfragen

Die staatliche Verwaltung[1] nutzt moderne elektronische Informations- und Kommunikationstechnik,[2] gerät aber auch zunehmend in den Sog technischer Macht. Nachdem in den 1950er Jahren zunächst noch Lochkartenanlagen und elektronische Rechengeräte zum Einsatz gekommen waren,[3] führte der weitere Ausbau der Elektronischen Datenverarbeitung in den

[1] Gegenstand der Untersuchung ist der Einsatz der modernen, elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik in der staatlichen Verwaltung. Die Perspektiven einer durch diese Technik angeleiteten Gesetzgebung oder auch Rechtsprechung bleiben ausgeklammert, ebenso mögliche Implikationen der Technik im Prozess der demokratischen Willensbildung.

1960er Jahren zu einer ersten Automatisierung einzelner Verfahrensschritte in der Massenverwaltung.[4] In den 1970er Jahren begann darauf die behör-

---

S. zur Elektronisierung der Gesetzgebung (E-Gesetzgebung) *Stephan Ring* Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994; *Uwe Küster* Gesetzgebung im Informationszeitalter, in: Wolfgang Bär u. a. (Hrsg.) Rechtskonformes eGovernment – eGovernment-konformes Recht, 2005, 67 ff.; gegenwärtig insbesondere das Projekt eGesetzgebung der Bundesregierung als Bestandteil des Regierungsprogramms „Digitale Verwaltung 2020" <http://egesetzgebung.bund.de/>.

S. zur Elektronisierung der Rechtsprechung (E-Justiz) insbesondere das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 (BGBl. I 2013, 3786; Vorläufer war das Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz) vom 22.3.2005, BGBl. I 2005, 837; ergänzt durch die Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) vom 24.11.2017 (BGBl. I 2017, 3803)), das Gesetzesänderungen zur breiteren Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs (ERV) mit der Justiz enthält; s. für einen Überblick *Thomas A. Degen/Ulrich Emmert* Elektronischer Rechtsverkehr, 2016, 3 ff.; vorgesehen sind unter anderem die führende elektronische Gerichtsakte (s. dazu das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5.7.2017, BGBl. I 2017, 2208), das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) (dazu § 130a ZPO, § 65a SGG, § 55a VwGO und § 52a FGO) und das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) (dazu § 31a BRAO); aus der Literatur *Wolfram Viefhues* Elektronische Justiz. Möglichkeiten und Grenzen, in: Wolfgang Bär u. a. (Hrsg.) Rechtskonformes eGovernment – eGovernment-konformes Recht, 2005, 131 ff.; *Gabriele Britz* Von der elektronischen Verwaltung zur elektronischen Verwaltungsjustiz, DVBl. 2007, 993 ff.; *Wilfried Bernhardt* Die deutsche Justiz im digitalen Zeitalter, NJW 2015, 2775 ff.; *David Jost/Johann Kempe* E-Justice in Deutschland – Eine Bestandsaufnahme zur Digitalisierung der Justiz, NJW 2017, 2705 ff.; *Dieter Kesper/Stephan Ory* Der zeitliche Fahrplan zur Digitalisierung von Anwaltschaft und Justiz, NJW 2017, 2709 ff.

S. zur Elektronischen Demokratie (E-Demokratie) *Hans J. Kleinsteuber/Martin Hagen* Was bedeutet „elektronische Demokratie"?, ZParl. 1998, 128 ff.; *Bernd Holznagel/Andreas Grünwald/Anika Hanßmann* (Hrsg.) Elektronische Demokratie. Bürgerbeteiligung per Internet zwischen Wissenschaft und Praxis, 2001; *Matthias Ruffert* eDemocracy, in: Wolfgang Bär u. a. (Hrsg.) Rechtskonformes eGovernment – eGovernment-konformes Recht, 2005, 53 ff.; *Andreas Meier* eDemocracy & eGovernment, 2009.

Noch weiter greift der allgemeine Begriff Legal Tech, mit dem die Nutzung der modernen, elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik auch durch private Rechtsanwender beschrieben wird; dazu *Richard Susskind* Tomorrow's Lawyers: An Introduction To Your Future, 2013; *Kevin Ashley* Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017; *Patrick Prior* Legal Tech – Digitalisierung der Rechtsberatung, ZAP 2017, 575 ff.; *Jens Wagner* Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898 ff. und BB 2018, 1097 ff.; *Susanne Hähnchen/Robert Bommel* Digitalisierung und Rechtsanwendung, JZ 2018, 334 ff.; *Markus Hartung/Micha-Manuel Bues/Gernot Halbleib* (Hrsg.) Legal Tech – Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018; *Stephan Breidenbach/Florian Glatz* (Hrsg.) Rechtshandbuch Legal Tech, 2018.

denübergreifende, integrierte Datenverarbeitung.[5] Nicht von ungefähr brach sich in dieser Zeit erstmals der Datenschutzgedanke Bahn.[6] Die Computerbürokratie hatte damit Effizienzgewinne bewirkt, war aber auch an Machbarkeits- und Akzeptanzgrenzen gestoßen.[7]

---

[2] Begrifflich wird die Entwicklung der Nutzung der modernen elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik unter anderem als Automatisierung (*Niklas Luhmann* Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966; s. auch *Anna-Bettina Kaiser* Die Kommunikation der Verwaltung, 2009, § 5), Maschinisierung (*Hans Brinckmann/Stefan Kuhlmann* Computerbürokratie, 1990, 15), Informatisierung (*Thomas Groß* Die Informatisierung der Verwaltung. Eine Zwischenbilanz auf dem Weg von der Verwaltungsautomation zum E-Government, VerwArch Bd. 95 (2004), 400 ff.; *Matthias Kammer* Informatisierung der Verwaltung, VerwArch Bd. 95 (2004), 418 ff.), Elektronisierung (*Lutz Schreiber* Elektronisches Verwalten, 2003; *Jan Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren, 2005), Digitalisierung (*Ariane Berger* Digitales Vertrauen – Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Perspektive, DVBl. 2017, 804) oder Virtualisierung (*Andreas Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft – Informationelles Verwaltungsorganisationsrecht, in: Dieter Leipold (Hrsg.) Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, 2002, 97 (111)) der Verwaltung gefasst; dazu auch *Gabriele Britz* Elektronische Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 26 Rn. 15; auch die Entwicklungsphasen werden uneinheitlich untergliedert und bezeichnet, zumal nach Maßgabe unterschiedlicher Kriterien; s. zu diesen Kriterien *Brinckmann/Kuhlmann* Computerbürokratie (Fn. 2), 15 ff. (Technikgenerationen, Verfahrenstypen, Bürofunktionen, Informatisierungsphasen); mit einer griffigen Unterteilung der Entwicklungsphasen ebd., 18 ff. (Pionierzeit, Gründerzeit, Konsolidierungszeit, Zeit der Neuorientierung).

[3] *Panagiotis Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, 1990, 35.

[4] So wurden Datenbestände der Finanz- und der Sozialämter, aus dem Einwohner- und dem Grundbuchwesen in Großrechnerdatenbanken übernommen und computergestützt weiterverwendet. Der Schritt vom reinen Rechnen zur Verarbeitung formatierter Informationen war damit getan; dazu *Brinckmann/Kuhlmann* Computerbürokratie (Fn. 2), 18 f.; *Ralf-Michael Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, 25; aus der zeitgenössischen Literatur *Karl Zeidler* Über die Technisierung der Verwaltung, 1959; *Hans Peter Bull* Verwaltung durch Maschinen, 1964; *Luhmann* Recht und Automation (Fn. 2).

[5] *Benno Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung, 1977, 57 ff.; *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 36; *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 25 f. (Integration, Datenfernverarbeitung); s. zu den in dieser Zeit entstehenden Expertensystemen *Hinrich Bonin* (Hrsg.) Entmythologisierung von Expertensystemen. Entscheidungsunterstützung in der öffentlichen Verwaltung, 1990; *Thomas Jandach* Juristische Expertensysteme. Methodische Grundlagen ihrer Entwicklung, 1993; *Sabine Tönsmeyer-Uzuner* Expertensysteme in der öffentlichen Verwaltung, 2000.

[6] Kristallisierungspunkt war das Volkszählungsurteil des BVerfG von 1983; BVerfGE 65, 1.

[7] Im Ergebnis blieb die Digitalisierung bis zu diesem Zeitpunkt weit hinter den Erwartungen zurück, die schon in den 1960er Jahren mit dem Einsatz kybernetischer Systeme in der Rechtsanwendung verbunden worden waren; s. etwa *Spiros Simitis* Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme, 1966; *ders.* Automation in der Rechtsordnung.

Neuen Schub erhielt die Entwicklung dann mit der Einführung der Internettechnologie ab Mitte der 1990er Jahre. Das Internet weckte die Hoffnung auf umfassende Integration, Transparenz und Effizienz in der staatlichen Verwaltung;[8] dies gerade auch deshalb, weil das Internet die elektronische Informations- und Kommunikationstechnik stärker als vormals auch in den Außenbeziehungen zum Bürger nutzbar machen konnte.[9] Die Konzentration auf das Staat-Bürger-Verhältnis prägt dementsprechend das Leitbild des Electronic Government, das Leitbild des Regierens und Verwaltens mithilfe der neuartigen, gerade auch internetbasierten Informations- und Kommunikationstechnik,[10] das in dieser Zeit entstand.[11]

Möglichkeiten und Grenzen, 1967; *Fritjof Haft* Nutzanwendungen kybernetischer Systeme im Recht, 1968; *ders.* Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970; *Leo Reisinger* Automatisierte Normanalyse und Normanwendung, 1972; *Vladimir Vrecion* Informationstheorie und Recht. Zur Anwendung kybernetischer Methoden in der Rechtswissenschaft, 1975; *Walter Popp/Bernhard Schlink* Skizze eines intelligenten juristischen Informationssystems, DVR 1975, 1 ff.

[8] *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 2), 101.

[9] *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 401 f.; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 18 f.

[10] „Electronic Government" wird einerseits – nach der sogenannten „Speyerer Definition" – formal-technisch definiert als „Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken über elektronische Medien"; so *Jörn von Lucke/Heinrich Reinermann* E-Government – Gründe und Ziele, in: Heinrich Reinermann/Jörn von Lucke (Hrsg.) Electronic Government in Deutschland, 2002, 1 ff.; s. auch *Hermann Hill* eGovernment – Mode oder Chance zur nachhaltigen Modernisierung der Verwaltung? –, BayVBl. 2003, 737 (737 f.); andererseits wird die programmatisch-inhaltliche Ausrichtung in den Vordergrund gerückt; s. etwa *Horst Müller* eGovernment – Begriffe, Stand, Perspektiven, in: Wolfgang Bär u. a. (Hrsg.) Rechtskonformes eGovernment – eGovernment-konformes Recht, 2005, 9 (11 f.); *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 2 ff. m. w. N.; auch die EU-Kommission stellt, inhaltsbezogen, die Verbesserung der Verwaltung in den Mittelpunkt; s. *Kommission* Mitteilung der Kommission „Die Rolle elektronischer Behördendienste (eGovernment) für die Zukunft Europas", KOM (2003) 567 endg. vom 26.9.2003, 8 („Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnologien in öffentlichen Verwaltungen in Verbindung mit organisatorischen Änderungen und neuen Fähigkeiten, um öffentliche Dienste und demokratische Prozesse zu verbessern und die Gestaltung und Durchführung staatlicher Politik zu erleichtern"); fortgeschrieben durch *Kommission* Mitteilung der Kommission „E-Government-Aktionsplan im Rahmen der i2010-Initiative: Beschleunigte Einführung elektronischer Behördendienste in Europa zum Nutzen aller", KOM (2006) 173 endg. vom 25.4.2006; zuletzt *Kommission* EU-eGovernment-Aktionsplan 2016–2020. Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung, KOM (2016) 179 endg. vom 19.4.2016; grundlegend und ausführlich zum Electronic Government in Deutschland aus der Anfangszeit der Befassung im Schrifttum *Klaus Lenk* Der Staat am Draht. Electronic Government und die Zukunft der öffentlichen Verwaltung, 2004; *Martin Eifert* Electronic Government, 2006; *Utz Schliesky* (Hrsg.) eGovernment in Deutschland, 2006; *Achim Zechner* (Hrsg.) Handbuch E-Government, 2007; *Frank Bieler/Gunnar Schwarting* (Hrsg.)

Das Internet erleichterte die verwaltungsinternen Abläufe und veränderte die Verwaltungsbeziehungen zum Bürger. Dies spiegelt sich im Verwaltungsverfahrensrecht, dessen Regeln über die Übermittlung von Dokumenten, die Schriftform, den Erlass von Verwaltungsakten, ihre Begründung und Bekanntgabe der technischen Entwicklung angepasst wurden.[12] Vorschriften zur weiteren Ausdehnung der elektronischen Verwaltungskommunikation und des elektronischen Verwaltungszugangs sind in jüngerer Zeit hinzugetreten. Qualitativ neuartige Fragen werfen nunmehr die jüngst eröffneten Möglichkeiten und die weiteren Perspektiven einer algorithmenbasierten Automatisierung des Verwaltungsvollzugs auf.

Diese Entwicklung ist in ihren aktuellen Schwerpunkten nachzuzeichnen und in ihrer Bedeutung für das Verwaltungsverfahren zu würdigen. Der Befund einer zunehmend automatisierten Rechtsanwendung veranlasst sodann zu einem weitergreifenden Blick auf die digitalisierte Staatsgewalt und ihre Untergliederung. Stand und Entwicklungsperspektiven der Verwaltungsautomatisierung sind schließlich am Verfassungsrecht zu messen. Die klassische Frage nach dem Gesetz stellt sich damit neu.

II. Jüngere und jüngste Entwicklungsschwerpunkte und ihre rechtliche Einordnung

1. Kommunikation und Zugang

a) E-Government, Netze und Portale

E-Government ist eine Querschnittsmaterie, die ein hohes Maß an technischer Standardisierung und inhaltlicher Abstimmung erfordert.[13] 2009 wurde deshalb[14] Art. 91c in das Grundgesetz eingefügt,[15] der hier eine föderale Kooperation ermöglicht. Auf Grundlage dieser Norm wurde der

---

e-Government, 2007; *Hermann Hill/Utz Schliesky* (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009; rechtsvergleichend *Martin Eifert/Jan Ole Püschel* (Hrsg.) National Electronic Government. Comparing Governance Structures in Multi-Layer Administrations, 2004.

[11] Zur Genese des Begriffs und damit Leitbilds E-Government *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 410 (Adaption des Begriffs Electronic Business bzw. Electronic Commerce).

[12] Ausführlich zur Entwicklung seit dem Dritten Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften vom 21.8.2002 (BGBl. I 2002, 3322) im Einzelnen *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 43 ff.; umfassend auch *Thorsten Siegel* Der virtuelle Verwaltungsakt, VerwArch Bd. 105 (2014), 241 ff.

[13] S. zu den Dimensionen und Strukturen der horizontalen und vertikalen Koordination bereits *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 360 ff.

[14] *Werner Heun/Alexander Thiele* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 91c Rn. 1.

IT-Planungsrat des Bundes und der Länder eingesetzt,[16] der sogleich eine Nationale E-Government-Strategie vorlegte[17] und seither IT-Standards und E-Government-Projekte erarbeitet.[18] In Anknüpfung daran haben Bund[19] und Länder[20] E-Government-Gesetze erlassen, die die Kommunikation im staatlichen Binnenbereich und im Verhältnis zum Bürger noch weiter erleichtern sollen; Akten sind nunmehr elektronisch zu führen, der Bürger muss einen elektronischen Verwaltungszugang erhalten und er soll noch umfassender über das Internet informiert werden.[21] Der Bund hat ein

---

[15] Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109a, 115, 143d) vom 29.7.2009, BGBl. I 2009, 2248; dazu *Thorsten Siegel* IT im Grundgesetz, NVwZ 2009, 1128 ff.; *ders.* E-Government im Grundgesetz: Die Neuregelung des Art. 91c GG, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 337 ff.; *Martin Schallbruch/Markus Städler* Neuregelung der Bund-Länder-Zusammenarbeit bei der IT durch Art. 91c GG, CR 2009, 619 ff.; *Utz Schliesky* Art. 91c GG als archimedischer Punkt staatlicher Informationsverarbeitung und Wissensgenerierung im Bundesstaat, ZSE 11 (2013), 281 ff.

[16] Die Grundlage bildet ein Staatsvertrag; Vertrag über die Errichtung des IT-Planungsrats und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in den Verwaltungen von Bund und Ländern – Vertrag zur Ausführung von Artikel 91c GG, abgedruckt als Anhang zum Zustimmungsgesetz des Bundes, BGBl. I 2010, 662.

[17] *IT-Planungsrat* Nationale E-Government-Strategie, Beschluss des IT-Planungsrats vom 24.9.2010, fortgeschrieben im Jahr 2015.

[18] Seit jüngstem wird der IT-Planungsrat durch einen eigenen Behördenunterbau unterstützt (FITKO – Föderale IT-Kooperation mit Sitz in Frankfurt am Main). Auf Bundesseite ressortiert die Aufgabe beim Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat und ist dort in den größeren thematischen Zusammenhang der Verwaltungsmodernisierung eingebunden; s. für einen Überblick <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/moderne-verwaltung/moderne-verwaltung-node.html>.

[19] Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz – EGovG) vom 25.7.2013, BGBl. I 2013, 2749; dazu *Degen/Emmert* Elektronischer Rechtsverkehr (Fn. 1), 43 ff. Im Bund wird die Umsetzung durch das Regierungsprogramm Digitale Verwaltung 2020 vorgezeichnet; s. <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/moderne-verwaltung/verwaltungsmodernisierung/digitale-verwaltung/digitale-verwaltung-artikel.html>.

[20] S. beispielsweise das Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung des Landes Baden-Württemberg (E-Government-Gesetz Baden-Württemberg – EGovG BW) vom 17.12.2015, GBl. 2015, 1191.

[21] S. insbesondere §§ 2, 3, 6, 7, 9 und 12 EGovG Bund; vgl. auch das Gesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (Informationsweiterverwendungsgesetz – IWG) vom 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2913; für den Vollzug der Standardisierungsbeschlüsse des IT-Planungsrats wurde in § 10 EGovG Bund ein eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Zur Umsetzung der G 8-Open Data Charter von 2013 (G 8 Open Data Charter vom 18.6.2013, abrufbar unter <https://opendatacharter.net/g8-open-data-charter/>; s. auch *OECD* Open Government: Globaler Kontext und Perspektiven für offenes Regierungs- und Verwaltungshandeln, 2018) ist 2017 die Verpflichtung hinzugetreten, strukturiert vorliegende und offene Verwaltungsdaten antragslos zum Datenabruf über das Internet bereitzustellen (§ 12a EGovG Bund; s. dazu den Nationalen Aktionsplan der Bundesregierung zur Umsetzung der Open-Data-Charta der G8 von November 2014; <https://

Bund und Länder übergreifendes IT-Verbindungsnetz aufgebaut.[22] Und das Onlinezugangsgesetz von 2017[23] verpflichtet Bund und Länder,[24] ihre Verwaltungsleistungen bis spätestens 2022 über Verwaltungsportale anzubieten, die Portale zu verknüpfen und den Bürgern den Zugang über ein einheitliches Nutzerkonto zu ermöglichen.[25] Vorgaben aus der EU-Dienstleistungsrichtlinie[26] werden hierdurch in gewissem Umfang verallgemei-

---

www.bmvg.de/resource/blob/20686/55536214b782b9d04c7ae29b0f12c29a/g-01-nationaler-aktionsplan-open-data-data.pdf>; *Heiko Richter* „Open Government Data" für Daten des Bundes, NVwZ 2017, 1408 ff.; *Ralf Schnieders* Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland, DÖV 2018, 175 ff.); Bund und Länder haben hierzu das Portal „govdata" eingerichtet <https://www.govdata.de/>.

[22] Gesetzliche Grundlage ist das Gesetz über die Verbindung der informationstechnischen Netze des Bundes und der Länder – Gesetz zur Ausführung von Artikel 91c Absatz 4 des Grundgesetzes – (IT-NetzG) vom 10.8.2009, BGBl. I 2009, 2702 (2706); Art. 91c Abs. 4 S. 1 GG sieht eine obligatorische Bundesverwaltungskompetenz auch für den Betrieb vor; *Bodo Pieroth* in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG, Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 91c Rn. 5; die Zuständigkeit für die operativen Betriebsaufgaben liegt seit 1.1.2011 bei der Koordinierungsstelle NdB-Verbindungsnetz des Bundesverwaltungsamtes (BVA).

[23] Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz – OZG) vom 14.8.2017, BGBl. I 2017, 3122 (3138); das Gesetz beruht auf einer Ergänzung von Art. 91c GG durch einen neuen Absatz 5 (s. das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 13.7.2017, BGBl. I 2017, 2347); näher dazu *Marco Herrmann/Karlheinz Stöber* Das Onlinezugangsgesetz des Bundes, NVwZ 2017, 1401 ff.; *Mario Martini/Cornelius Wiesner* Art. 91c Abs. 5 GG und das neue Zugangsregime zur digitalen Verwaltung – Quantensprung oder zu kurz gesprungen?, ZG 2017, 193 ff.; *Thorsten Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund – Das neue Onlinezugangsgesetz (OZG), DÖV 2018, 185 ff.; *Utz Schliesky/Christian Hoffmann* Die Digitalisierung des Föderalismus – Der Portalverbund gem. Art. 91c Abs. 5 GG als Rettung des E-Government? –, DÖV 2018, 193 (195 ff.); *Ariane Berger* Die Digitalisierung des Föderalismus, DÖV 2018, 799 (799 f.); zu parallelen Entwicklungen auf europäischer Ebene *Stefan Pilz* Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Einrichtung eines zentralen digitalen Zugangstors, EuZW 2017, 922 ff.

[24] S. zu der praktisch bedeutsamen Frage, ob und inwieweit auch die Kommunen einbezogen und selbst vollzugsverpflichtet sind, *Herrmann/Stöber* Das Onlinezugangsgesetz des Bundes (Fn. 23), 1403; *Martini/Wiesner* Art. 91c Abs. 5 GG und das neue Zugangsregime zur digitalen Verwaltung (Fn. 23), 213 ff.; *Berger* Die Digitalisierung des Föderalismus (Fn. 23), 800 ff.

[25] S. §§ 1 und 3 OZG; ob das Gesetz auch zur Schaffung neuer elektronischer Angebote verpflichtet, ist streitig (bejahend *Herrmann/Stöber* Das Onlinezugangsgesetz des Bundes (Fn. 23), 1402 f.; aus kompetenzrechtlichen Gründen zu Recht verneinend *Mario Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung, DÖV 2017, 443 (449)).

[26] Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU 2006, Nr. L 376, 36; zur Verpflichtung, einen einheitlichen Ansprechpartner zu schaffen, Art. 6 der Richtlinie; *Jan Ziekow/Alexander Windoffer* (Hrsg.) Ein Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister. Anforderungen des Vorschlags einer EU-Dienstleistungsrichtlinie und Gestaltungsoptionen im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, 2007; allgemein zur Idee des „One-Stop Govern-

nert.[27] In der Steuerverwaltung gilt daneben Besonderes; die hier schon seit langem intensive und eigenständige föderale Zusammenarbeit wurde 2017 durch Änderungen von Art. 108 GG[28] und durch das KONSENS-Gesetz[29] weiter ausgebaut und verfestigt.

b) *Zugrundeliegende Gestaltungsideale*

E-Government nutzt die elektronischen Medien also zur Erleichterung der Kommunikation im Staat und vor allem im Staat-Bürger-Verhältnis. Der Umgang mit den Behörden soll „schneller, effizienter, bequemer, transparenter und kostengünstiger" gemacht werden;[30] dies auch dadurch, dass die Bürgerinformation[31] an Lebenslagen ausgerichtet wird.[32] Die hier aufscheinenden Gestaltungsideale der Effizienz und der Dienstleistungs-

---

ment" *Edwin Schulz* One-Stop Government, 2007; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 39 ff.; zur Verpflichtung, eine elektronische Verfahrensabwicklung bereitzustellen, Art. 8 der Richtlinie; *Sönke E. Schulz* Gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur elektronischen Verfahrensabwicklung (Art. 8 DLR) als Perspektive zur Etablierung eines Rechtsrahmens des eGovernment?, DVBl. 2009, 12 ff.

[27] Dies auch über die Umsetzung in §§ 71a ff. VwVfG hinaus; s. zu dieser Umsetzung durch das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften vom 11.12.2008 (BGBl. I 2008, 2418) *Heribert Schmitz/Lorenz Prell* Verfahren über eine einheitliche Stelle – Das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften, NVwZ 2009, 1 ff.; *Christian Ernst* Die Einführung eines einheitlichen Ansprechpartners i. S. der EU-Dienstleistungsrichtlinie durch das 4. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften, DVBl. 2009, 953 ff.; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 51a; s. auch *Anne Neidert* Verwaltungsverfahren über einen einheitlichen Ansprechpartner, 2011; daneben ist die aus Art. 28 ff. der Dienstleistungsrichtlinie folgende Verpflichtung zur Ausgestaltung der Europäischen Verwaltungszusammenarbeit durch die Einfügung von §§ 8a ff. VwVfG erfüllt worden; dazu *Utz Schliesky/Sönke E. Schulz* §§ 8a ff. VwVfG n. F. – die Europäische Verwaltungszusammenarbeit im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht, DVBl. 2010, 601 ff.

[28] Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 13.7.2017, BGBl. I 2017, 2347.

[29] Gesetz über die Koordinierung der Entwicklung und des Einsatzes neuer Software der Steuerverwaltung (KONSENS-Gesetz – KONSENS-G), erlassen als Art. 8a des Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften, BGBl. I 2017, 3122.

[30] *Hannes Schwaderer* Vorwort, in: *Initiative D21*, E-Government Monitor 2017, 2017, 4.

[31] Zur Verbesserung der Bürgerinformation als praktisch bedeutsamstem Potential der Internetnutzung *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 403 (diese Aussage gilt sicherlich auch heute noch); zu den weiteren Perspektiven der Bürgerberatung unter anderem durch Chatbots *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 453.

[32] Dazu *Jörn von Lucke*, Hochleistungsportale für die öffentliche Verwaltung, 2008, 218 ff.

und Kundenorientierung[33] sind durchgängiges Leitbild der jüngeren Konzepte der Verwaltungsmodernisierung,[34] in die sich E-Government wechselbezüglich einfügt.[35]

c) *Keine wesentlichen Rechtsprobleme im Staat-Bürger-Verhältnis*

Wesentliche rechtliche Probleme birgt die erleichterte Kommunikation im Staat-Bürger-Verhältnis als solche nicht.[36] Grundsätzlich sind die elektronisch vermittelte und dadurch erweiterte Verwaltungsinformation, auch Verwaltungstransparenz, und Verwaltungszugänglichkeit rechtsstaatlich und demokratisch wünschenswert, solange ein ausreichendes Informations- und Zugangsniveau für die elektronisch weniger Versierten[37] gewährleistet bleibt.[38]

d) *Bedeutung gelingender Koordinierung in der staatlichen Kompetenzordnung*

Dennoch schreitet der Ausbau der E-Government-Strukturen in Deutschland nur schleppend voran.[39] Obwohl er durch zahlreiche Projekte gefördert

---

[33] Ausführlich zu diesen Idealen *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 410 ff.; *Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren (Fn. 2), 81 ff.

[34] Für einen Überblick *Andreas Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 49 ff.

[35] Zu diesem Zusammenhang *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 412 ff.; *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 24 ff.; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 5 ff.

[36] S. zu den weitergehenden Anforderungen im konkreten Verwaltungsverfahren sogleich unten II. 2.

[37] Zur Gefahr des „digital divide" *Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren (Fn. 2), 133 ff.; zu den Problemen des elektronischen Zugangs von Menschen mit Behinderung *Jan Dirk Roggenkamp* Barrierefreies E-Government, NVwZ 2006, 1239 ff.; *Henrike Gappa* Barrierefreies e-Government für Alle, in: Frank Bieler/Gunnar Schwarting (Hrsg.) e-Government, 2007, 222 ff.

[38] Zum verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Zugangs zur Verwaltung *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 41 ff.; zu den einfachrechtlichen Maßnahmen *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 57 ff.; vgl. zur Gewährleistung digitaler Grundversorgung *Anika D. Luch/Sönke E. Schulz* E-Daseinsvorsorge – staatliche Schutzpflichten und Sozialstaatsprinzip im Lichte der „Virtualisierung" des Lebens, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 305 ff.; demgegenüber *Dirk Heckmann* Grundrecht auf IT-Abwehr? Freiheitsrechte als Abwehrrechte gegen aufgedrängtes E-Government, MMR 2006, 3 ff.

[39] So belegt Deutschland in internationalen Rankings regelmäßig allenfalls Plätze im Mittelfeld; s. etwa *Kommission* Europe's Digital Progress Report 2017, SWD (2017) 160 final vom 10.5.2017; kritisch zum Stand der Verwaltungsdigitalisierung in Deutschland auch *Nationaler Normenkontrollrat* Jahresbericht 2018, 2018, 35 ff.; Beispiele für Projekte

wird und auch greifbaren Interessen in der Privatwirtschaft entspricht,[40] wirkt die föderale und ressortbezogene Vielfalt an Regelungs-, Verwaltungs- und Finanzierungskompetenzen beim Ausbau des E-Government hemmend.[41] Die Einfügung von Art. 91c GG und auch die Änderung von Art. 108 GG haben einen Weg eröffnet, der die Koordinierungsaufgabe unter Wahrung des Mischverwaltungsverbots erfüllbar macht.[42] Weitere Anpassungen, vor allem Kompetenzzentralisierungen, mögen dennoch erforderlich sein;[43] dies umso mehr, als die Einrichtung von IT-Infrastruktur immer aufgabenbezogen und damit auch aufgabenprägend ist.[44] Der E-Government-Prozess ist dabei aber nicht nur Antrieb einer weiteren Unitarisierung,[45] sondern kann zugleich eine kritische Reflexion über die Aufgabenverteilung im Bundesstaat anstoßen. Er kann auch zu einem Labor für die Entwicklung innovativer Entscheidungsverfahren werden, insbesondere das Mehrheitsprinzip stärken, wie es in den Passerelle-Regelungen der Art. 91c Abs. 2 und Art. 108 Abs. 4 S. 3 GG angelegt ist.[46] Die Steuerverwaltung ist hier in der Praxis nicht zum ersten Mal Speerspitze der Entwicklung.

2. *Elektronischer Verwaltungsvollzug*

a) *Der virtuelle Behördengang – Rechtsstaatliche Ausgestaltung von Verfahren und Organisation*

Weitergehende Fragen stellen sich, wenn Verwaltungsaufgaben im konkreten Verwaltungsverfahren mithilfe moderner elektronischer Medien erfüllt werden. Seit längerem verbreitet sich die Praxis des virtuellen

---

mit durchwachsener Bilanz bilden etwa der elektronische Personalausweis, die elektronische Gesundheitskarte und DE-Mail.

[40] S. etwa das umfangreiche Engagement der Privatwirtschaft im Rahmen der Initiative D21 e. V.

[41] Nachdrücklich *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 448, 454 f.; *Schliesky/Hoffmann* Die Digitalisierung des Föderalismus (Fn. 23), 193.

[42] *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 448 f.

[43] Perspektivisch etwa *Michael Bahrke/Hanno Kempermann/Katharina Schmitt* eGovernment in Deutschland: Bedeutung und Potenzial für das deutsche Innovationssystem. Studien zum deutschen Innovationssystem, Nr. 14-2016, Expertenkommission Forschung und Innovation (EFI), 2016.

[44] S. zu dem Einfluss, den der Bund durch die verbindliche Festlegung von IT-Komponenten erlangen kann, *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 2), 807 Fn. 31; *dies.* Die Digitalisierung des Föderalismus (Fn. 23), 806.

[45] *Christian Waldhoff* Herausforderungen des Verfassungsstaates durch die Digitalisierung, in: DStJG Bd. 42 (2019) (im Erscheinen) („digitaler Vereinheitlichungsdruck“).

[46] S. zu Art. 91c Abs. 2 S. 2 GG (Passerelle-Klausel) BT-Drs. 16/12410, 9; *Heun/Thiele* in: Dreier, GG, Kommentar (Fn. 14), Art. 91c Rn. 16 f.

Behördengangs. Dies heißt beispielsweise, dass der über ein Verwaltungsportal eingereichte elektronische Bauantrag eines Bürgers vom zuständigen Bauamt unter Heranziehung anderweitig hinterlegter Daten bearbeitet und mittels elektronischen Verwaltungsakts beschieden wird.

Der virtuelle Behördengang wirft rechtsstaatliche Fragen der Verfahrens- und Organisationsgestaltung auf.[47] So bedarf es einer verfahrensangemessenen Sicherungsinfrastruktur.[48] Die elektronische Aktenführung muss gewährleisten, dass Entscheidungsprozesse verlässlich ablaufen und – gerade auch bei der ad hoc-Heranziehung von Daten aus Datenbanken –[49] verwaltungsintern und gerichtlich kontrollierbar bleiben.[50] Die Idee der verstetigenden Schriftlichkeit[51] ist somit gegenwartsgerecht neu umzusetzen.[52] Weiterhin müssen Akteneinsichts-[53] und Anhörungsrechte[54] auch im elektronischen Vollzug gewährleistet sein. Die elektronische Vernetzung[55]

---

[47] Umfassend *Eifert* Electronic Government (Fn. 10); aus jüngerer Zeit *Christin Petersen* Die Rechtsprobleme des Electronic Government, 2014.

[48] *Schreiber* Elektronisches Verwalten (Fn. 2), 21 ff.; *Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren (Fn. 2), 38 ff.; *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 75 ff. und 81 ff.; *Dirk Heckmann* Die elektronische Verwaltung zwischen IT-Sicherheit und Rechtssicherheit, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 131 ff.; praxisnah *Degen/Emmert* Elektronischer Rechtsverkehr (Fn. 1), 55 ff. und 99 ff.; zum Zielkonflikt zwischen Nutzerfreundlichkeit und IT-Sicherheit *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 446 f.

[49] Dazu *Lorenz Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, NVwZ 2018, 1255 (1257).

[50] *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 405 f.; *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 145; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 74 ff. („Verwaltungstransparenz durch Aktenführung“).

[51] Zur Schriftlichkeit als hergebrachtem „Rückgrat der Verwaltung“ *Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1255 ff.

[52] Zur Aktenbeständigkeit unter den Bedingungen der Elektronisierung *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 2), 111 ff.; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 78; auch *Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren (Fn. 2), 181 ff.

[53] Zum diesbezüglichen Problem der Aktenverständlichkeit *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 77.

[54] Ausführlich dazu bereits *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 176 ff.

[55] Zu den potentiellen Auswirkungen der Informatisierung auf die Verwaltungsorganisation (Vernetzung, auch Enthierarchisierung) *Wolfgang Hoffmann-Riem* Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 9 (32); *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 2), 113 ff.; *Klaus Lenk* Abschied vom Zuständigkeitsdenken. Bürokratieabbau durch vernetzte Erstellung von Verwaltungsleistungen, VM 2007, 235 ff.; *Claudio Franzius* Flexible Organisationsmodelle: Netzwerke, Organisationshoheit, Shared Services, Verwaltungsverbünde, Mischverwaltung, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 39 ff.; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 68.

darf die Behördenzuständigkeit und die Behördenverantwortlichkeit nicht verwässern.[56] Und nicht zuletzt muss der sich herausbildende Informationsverbund auf das hergebrachte datenschutzrechtliche Verhältnismäßigkeits-, insbesondere Zweckbindungsprinzip abgestimmt werden.[57] Das Verwaltungsverfahrensrecht und die Fachgesetze stellen sich auf diese Anforderungen ein.[58]

b) *Der vollständig automatisiert erlassene Verwaltungsakt – Zu Ansatz und Tragfähigkeit von § 35a VwVfG*

Qualitativ neuartig und sehr viel weitergreifend wirkt dagegen die zunehmende materielle Vollzugsautomatisierung, die im Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens von Juli 2016[59] besonders deutlichen Ausdruck fand. Das Gesetz führte Ermächtigungsgrundlagen für den vollständig automatisierten Erlass von Verwaltungsakten[60] und für die Bekanntgabe von Verwaltungsakten durch Bereitstellung zum Datenabruf[61] in die Abgabenordnung, in das Sozialgesetzbuch X und in das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes ein. So erlaubt § 155 Abs. 4 AO nunmehr den Erlass eines ausschließlich automationsgestützten Steuerbescheids, „soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten". Ein solcher Anlass sind vor allem Angaben in einem Freitextfeld der elektronisch eingereichten Steuererklärung,[62] die dem Bürger nach der Geset-

---

[56] Zu den Möglichkeiten der Sicherung von Zuständigkeit und Verantwortlichkeit durch entsprechende Technikgestaltung *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 408.

[57] *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 2), 108 ff.; *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 266 ff.; *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 450 ff.

[58] S. zur Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts seit dem Dritten Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften vom 21.8.2002 (BGBl. I 2002, 3322) bereits oben I. mit Nachweisen.

[59] Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18.7.2016, BGBl. I 2016, 1679; zum Bund-Länder-Konzept zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens *Markus Heintzen* Das gemeinsame Konzept von Bund und Ländern zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, DÖV 2015, 780 ff.; ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren *Heribert Schmitz/Lorenz Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, NVwZ 2016, 1273 (1274).

[60] § 35a VwVfG, § 155 Abs. 4 AO und § 31a SGB X.

[61] § 41 Abs. 2a VwVfG, § 122a AO, § 37 Abs. 2a SGB X; näher zu dieser neuen Bekanntgabeform *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1277 ff.; *Hans Peter Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt – Zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von „E-Government", DVBl. 2017, 409 (413 f.); zu den Auswirkungen auf (die Regelungen über) den postalischen Rechtsverkehr *Annette Guckelberger* Digitalisierung und ihre Folgen für die postalische Bekanntgabe von Verwaltungsakten, NVwZ 2018, 359 ff.

[62] S. § 155 Abs. 4 S. 3 AO; dazu BT-Drs. 18/7457, 82 f.

zeslage ermöglicht werden müssen.[63] Korrespondierend regelt § 88 Abs. 5 AO, dass sich die behördliche Sachverhaltsermittlung auf den Einsatz elektronischer Risikomanagementsysteme stützen darf, die nur prüfungsbedürftig erscheinende und darüber hinaus zufällig ausgewählte Fälle zur Prüfung durch einen Amtsträger aussteuern.[64] Im Ergebnis kommen Steuerbescheide in einer wachsenden Zahl von Fällen in einem vollständig automatisierten Verfahren zustande.[65]

Freilich ist die (Teil-)Automation des Verwaltungsverfahrens kein neues Phänomen.[66] Von Beginn an sah das VwVfG den Erlass von Verwaltungsakten „mit Hilfe automatischer Einrichtungen" vor.[67] In zahlreichen Massenverfahren wird die Entscheidungsfindung auf dieser Grundlage schon seit langem maschinell unterstützt. Erstmals[68] gesetzlich ausgestaltet ist

---

[63] S. § 150 Abs. 7 S. 1 AO.

[64] Dazu BT-Drs. 18/7457, 69 f.; *Nadja Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht? Der Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens als Vorbild für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren nach dem VwVfG, NVwZ 2016, 960 (961, 964); *Sina Baldauf* Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens – Kritische Betrachtung des Regierungsentwurfs, DStR 2016, 833 (835 ff.); *Sebastian Müller-Franken* Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, StuW 2018, 113 (119 ff.); *Roman Seer* Entwicklungslinien und Zukunftsfragen des Steuerverfahrensrechts, in: Klaus-Dieter Drüen/Johanna Hey/Rudolf Mellinghoff (Hrsg.) FS BFH, 2018, Bd. II, 1717 (1727 ff.); *Rudolf Mellinghoff* Auswirkungen der Digitalisierung im Steuerrecht, in: Klaus-Dieter Drüen/Johanna Hey/Rudolf Mellinghoff (Hrsg.) FS BFH, 2018, Bd. I, 421 (435 ff.).

[65] Zu den technischen Grundlagen *Christoph Sorge* Technische Grundlagen des vollautomatischen Steuerverwaltungsakts, Vortrag gehalten auf dem 5. Saarbrücker Steuerrechtssymposium am 25.10.2018.

[66] S. bereits oben I.

[67] §§ 28 Abs. 2 Nr. 4, 37 Abs. 5 S. 1, 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG; die „automatischen Einrichtungen" dienen hier nur als Hilfsmittel, dürfen den Verwaltungsakt aber nicht allein determinieren; zur Abgrenzung *Ulrich Stelkens* in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 19 ff.; in BT-Drs. 7/910, 59 heißt es dementsprechend, dass rechtsstaatliche Bedenken gegen automatisiert erlassene Verwaltungsakte dann nicht bestehen, „wenn auf Grund bestimmter Daten, die von einem Bediensteten verantwortlich ermittelt oder geprüft werden, der darauf zu erlassende Verwaltungsakt nur einen bestimmten Inhalt haben kann, so daß keinerlei verantwortliche Wertung mehr erforderlich ist. Nur in solchen Fällen wird es vertretbar sein, die zwingend vorgeschriebene ‚Entscheidung' auf Grund programmierter Daten der Maschine zu überlassen.".

[68] Sonderfälle wie die schon seit langem verkehrsabhängig geschalteten Lichtzeichen einer Ampelanlage oder auch variable Geschwindigkeitsbegrenzungen stehen für sich; dazu *Klaus Ritgen* in: Rainer Bauer u. a. (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 53 m. w. N.; *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1274 sehen gleichwohl fließende Übergänge; kritisch zur Neuartigkeit auch *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 410; vgl. zu verschiedenen Automationsgraden bereits *Deg-*

nunmehr aber der Verwaltungsakt, der – sei es auf Antrag, sei es aufgrund eines automatischen Impulses – allein durch eine technische, nach einem bestimmten Algorithmus arbeitende Einrichtung bewirkt wird, ohne dass ein menschlicher Amtsträger an irgendeiner Stelle des Verwaltungsverfahrens befasst wäre.[69]

Mitunter wird angenommen, es hätte der diesbezüglichen allgemeinen Regelung des neuen § 35a VwVfG schon deshalb bedurft, weil der Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG eine menschliche Willenserklärung voraussetze, die bei Vollautomatisierung fehle.[70] Richtigerweise kommt es für die Einordnung als Verwaltungsakt aber – ähnlich wie bei der Genehmigungsfiktion (§ 42a VwVfG) – von vornherein nicht auf die Willensbetätigung eines menschlichen Amtswalters,[71] sondern allein darauf an, ob ein konkret-individuelles Bewirken auf den Staat rückführbar und ihm als Einzelfallregelung zurechenbar ist.[72]

---

randi Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 49 ff.; *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 33 f.

[69] Der „vollständig durch automatische Einrichtungen" erlassene Verwaltungsakt gemäß den neuen Ermächtigungsgrundlagen ist deshalb auch vom „elektronisch" erlassenen Verwaltungsakt (§ 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG) und vom „elektronisch übermittelt[en]" Verwaltungsakt (§ 41 Abs. 2 S. 2 VwVfG) zu unterscheiden. Im Fall des elektronisch erlassenen Verwaltungsakts ist das für den Rechtsverkehr maßgebliche Original das auf einem Datenträger gespeicherte elektronische Dokument (Formbezug); *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 67), § 37 Rn. 65. Die elektronische Übermittlung betrifft nur den Übertragungsweg (Übermittlungs- und Bekanntgabebezug); sie kann sich auf einen schriftlich auf Papier erstellten (Telefax, E-Mail mit Scankopie) oder einen elektronisch erlassenen Verwaltungsakt beziehen; *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 67), § 37 Rn. 66–74; dazu auch *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1274. In allen Fällen kann eine vollständig automatisierte Entscheidungsfindung gemäß den neuen Ermächtigungsgrundlagen zugrunde liegen.

[70] *Ulrich Ramsauer* in: Ferdinand Kopp/Ulrich Ramsauer (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 19. Aufl. 2018, § 35a Rn. 3; erstmals wurde die These, dass ein Verwaltungsakt eine menschliche Willenserklärung voraussetze, mit Blick auf die Automatisierung des Verwaltungsverfahrens formuliert von *Zeidler* Über die Technisierung der Verwaltung (Fn. 4), 18 (Unterscheidung zwischen der „Verwaltungshandlung" des Beamten und dem „Verwaltungsfabrikat" der Maschine).

[71] Deshalb ist es auch unerheblich, ob eine Willenserklärung in diesem Sinne schon aus der Einrichtung des Computersystems abzuleiten sein könnte.

[72] Ebenso bereits *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 4), 67; *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 73 ff.; *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 68 ff.; aus jüngerer Zeit *Ritgen* in: Bauer u. a., Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government (Fn. 68), § 35 Rn. 54; *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 414 f.; *Martin Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG, NVwZ 2018, 353 (354 f.); *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 67), § 35a

§ 35a VwVfG bestätigt diese Zurechenbarkeit für den Fall der Vollautomation[73] und regelt ergänzende Tatbestandsvoraussetzungen.[74] Die Vorschrift fordert die Zulassung der Vollautomation „durch Rechtsvorschriften“ und begründet damit einen fachrechtlichen Gesetzesvorbehalt.[75] Darüber hinaus darf „weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum“ bestehen. Dies soll gewährleisten, dass eine nach der Normstruktur erforderliche Würdigung der Umstände des Einzelfalls nicht unterbleibt.[76] Nach dieser Zielsetzung dürfte die Anforderung deshalb auf unbestimmte Rechtsbegriffe zu erstrecken sein.[77] Bei näherem Hinsehen relativiert sich die Schlüssigkeit dieser starren Automatisierungsgrenze aber deutlich. Denn erstens können auch gebundene Entscheidungen komplexe, einzelfallbezogene Subsumtionen erfordern.[78] Zweitens ist eine Berück-

---

Rn. 28; zu Arten der Zurechnung im vorliegenden Zusammenhang *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht? (Fn. 64), 963.

[73] § 35a VwVfG hat deshalb klarstellende Funktion; *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1275; *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 67), § 35a Rn. 1 und 28.

[74] Als lex generalis gegenüber dem Fachrecht kommt der Norm dabei in erster Linie eine Warnfunktion zu; *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1276; *Jan Ziekow* Das Verwaltungsverfahrensrecht in der Digitalisierung der Verwaltung, NVwZ 2018, 1169 (1170 f.); zu den Folgen einer Vollautomatisierung ohne Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen *Mario Martini/David Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung im verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren, DVBl. 2018, 1128 (1130).

[75] Nach BT-Drs. 18/8434, 122 soll hierdurch sichergestellt werden, „dass nur geeignete Verfahren für eine vollständig automatisierte Bearbeitung zugelassen werden“; zur Verfassungsmäßigkeit von § 35a VwVfG aufgrund des fachrechtlichen Vorbehalts *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 70), § 35a Rn. 6; wenn *Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG (Fn. 72), 355 f. die Entscheidung über den Einsatz vollautomatischer Systeme im „Kernbereich der Verwaltung“ angesiedelt sieht, weil sie die „eigene Willensbildung“ betreffe, übergeht er die Bedeutung dieser Entscheidung für das Verwaltungsrechtsverhältnis zum Bürger; s. zu der Frage, ob es sich um einen Parlamentsvorbehalt handelt, unten IV. 5. a).

[76] *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 70), § 35a Rn. 13; auch *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht? (Fn. 64), 963.

[77] So auch *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1276; *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? (Fn. 74), 1130; die Fälle der Ermessensrücknahme und des Ermessenswiderrufs gebundener Entscheidungen, die *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1276 ebenfalls ergänzt sehen wollen, sind bereits vom Wortlaut der Norm umfasst („Ermessen“).

[78] Ebenso *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 2), 808.

sichtigung konkreter Fallumstände auch im automatisierten Verfahren keineswegs ausgeschlossen. Und drittens sind algorithmengeleitete Abwägungsentscheidungen in Beurteilungs- und Ermessensfällen durchaus vorstellbar;[79] vor allem in den Fällen, in denen derartige Entscheidungen auch bislang schon durch Selbstbindung, Verwaltungsvorschrift und Weisung, also durch Regeln, vorstrukturiert werden.[80] § 35a VwVfG zieht also eine nachvollziehbare, den Untersuchungsgrundsatz[81] abstützende Grenze. Doch erscheint die Sachgerechtigkeit dieser sehr starren Grenze fraglich.

Das Beispiel des Besteuerungsverfahrens, das in der Regel auf eine gebundene Entscheidung zuläuft, belegt, dass die eigentlichen Herausforderungen auf einer grundsätzlicheren Ebene liegen. Wenn die Steuererklärung durch ein elektronisches Risikomanagementsystem beurteilt wird, das nicht nur den Steuergestalter, sondern jeden innovativ denkenden und wirtschaftenden, nichtkonformen Bürger unter Verdacht stellt, und wenn sodann auf Grundlage eines das Steuergesetz spiegelnden Algorithmus ein eingreifender Bescheid erlassen wird, stellt sich die Frage, ob dies dem Untersuchungsgrundsatz genügt, eine gesetzmäßige Besteuerung sichert und angemessenen Rechtsschutz eröffnet oder aber neue Formen der Diskriminierung heraufbeschwört, den Algorithmus zum Para-Gesetz werden lässt und die Einzelfallentscheidung gegenüber einer Nachprüfung immunisiert. Die hier aufscheinende Problemdimension verlangt einen weitergreifenden

[79] *Ziekow* Das Verwaltungsverfahrensrecht in der Digitalisierung der Verwaltung (Fn. 74), 1171 sieht den Fachgesetzgeber nicht gehindert, sich in diesem Punkt über § 35a VwVfG hinwegzusetzen. Dementsprechend schließt § 155 Abs. 4 S. 1 AO vollautomatische Entscheidungen im Besteuerungsverfahren nicht etwa ausdrücklich in Ermessenssituationen, sondern vielmehr insoweit aus, als ein „Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten"; s. zu den daraus folgenden Perspektiven einer automatischen Ermessensausübung im Steuerrecht *Julius Helbich* Rechtsfragen der „automatisierten" Ermessensausübung im Steuerrecht, DStR 2017, 574 ff.

[80] Diese Parallele zieht auch *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 412; ebenso *Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG (Fn. 72), 357; *Ziekow* Das Verwaltungsverfahrensrecht in der Digitalisierung der Verwaltung (Fn. 74), 1171; bereits früher *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 219 ff.; *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 56; *Ritgen* in: Bauer u. a., Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government (Fn. 68), § 35 Rn. 57.

[81] Gemäß der ebenfalls neu eingefügten Regelung des § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG muss die Behörde, die „automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten" einsetzt, „für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden"; befürwortend *Ziekow* Das Verwaltungsverfahrensrecht in der Digitalisierung der Verwaltung (Fn. 74), 1171 f. („Warnhinweis"); kritisch zur Erforderlichkeit dieser Norm dagegen *Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG (Fn. 72), 357 f.

Blick auf die digitalisierte Staatsgewalt, der im Folgenden eröffnet werden soll.

III. Weitergreifender Blick auf die digitalisierte Staatsgewalt

1. Naheliegende Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Verwaltung

An erster Stelle steht dabei der Befund, dass eine weitere Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Exekutivgewalt des Staates naheliegt. Faktoren sind hier erstens die zunehmend medienbruchfreie Vernetzung von Staat und Bürger,[82] zweitens der weitere Ausbau des Internets der Dinge,[83] der zu einem umfassenden Wissen des Staates über die Außenwelt und zu einer ebenso umfassenden Regelbarkeit dieser Außenwelt führen wird,[84] drittens die Weiterentwicklung der Big Data-Anwendungen,[85] des maschinellen Lernens, und viertens die Hoffnung auf Effizienz, auf erhebliche Mitteleinsparungen im Verwaltungsvollzug.

Mögliche weitere Anwendungsfelder eines noch stärker automatisierten Verwaltungsvollzugs sind – über die Steuer- und Sozialverwaltung hinaus – beispielsweise die Steuerung der Verkehrs- und Energienetze,[86] die Wirtschaftsaufsicht,[87] der Vollzug umweltrechtlicher Vorschriften,

---

[82] *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 411.

[83] S. zu den Möglichkeiten und Herausforderungen von smart devices und cyber-physical systems *Eva Geisberger/Manfred Broy* (Hrsg.) agendaCPS – Integrierte Forschungsagenda Cyber-Physical Systems, 2012; aus rechtlicher Perspektive *Julian Reichwald/Dennis Pfisterer* Autonomie und Intelligenz im Internet der Dinge, CR 2016, 208 ff.

[84] Stichworte sind hier Smart Government, Smart City und ubiquitäres Computing; dazu bereits *Lenk* Der Staat am Draht (Fn. 10), 96; aus jüngerer Zeit *Jörn von Lucke* (Hrsg.) Smart Government – Intelligent vernetztes Regierungs- und Verwaltungshandeln in Zeiten des Internets der Dinge und des Internets der Dienste, 2016; *Christian Djeffal* Das Internet der Dinge und die öffentliche Verwaltung – Auf dem Weg zum automatisierten Smart Government, DVBl. 2017, 808 ff.; *Julian Hölzel* Vom E-Government zum Smart Government, DVBl. 2017, 1015 ff.; *Wolfgang Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR Bd. 142 (2017), 1 (5 f.); s. auch das laufende EU-Projekt „mySmartLife. Smart Transition of EU cities towards a new concept of smart Life and Economy" <https://cordis.europa.eu/project/rcn/206242_en.html>.

[85] *Viktor Mayer-Schönberger/Kenneth Cukier* Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think, 2013; *Jürgen Taeger* (Hrsg.) Big Data & Co. Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, 2014; *Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hrsg.) Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018.

[86] *Susanne Keck* Smart Grid – Rechtsfragen eines intelligenten Energieversorgungssystems, 2018.

[87] *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 411.

lebensmittelrechtliche Prüfverfahren,[88] die kommunale Bürgerverwaltung und – bereits intensiv diskutiert – die Gefahrenabwehr durch algorithmenbasierte Straftatenprognose.[89] Anwendungen sind aber auch im Binnenbereich des Staates vorstellbar. Man denke allein an die datenintensive Kommunalaufsicht.

2. *Chancen und Risiken der Verwaltungsautomatisierung*

Die neuartige, algorithmengestützte Verwaltungsautomatisierung birgt Chancen und Risiken.

a) *Effizienter und objektiver Verwaltungsvollzug – Fehlender Blick für den Einzelfall*

Der automatisierte Gesetzesvollzug, idealtypisch also der durch Antrag, aber auch durch technischen Sensor oder anderweitige Datenlage ausgelöste, sodann automatische Erlass eines durch einen Algorithmus determinierten Verwaltungsakts, kann in erheblicher Weise der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung dienen und Verwaltungsverfahren beschleunigen.[90] Die Warteschlange auf dem Amt fällt weg, die KfZ-Zulassung kommt automatisch und nach Sekunden auf Mausklick. In der Sache sorgt die Automatisierung für einen unbefangenen und damit objektiven,[91] konsistenten und damit gleichheitsgerechten[92] Gesetzesvollzug. In die-

---

[88] Zur Überwachung der Einhaltung lebensmittelrechtlicher Vorgaben durch lieferkettenübergreifende RFID-Chips *Jörn von Lucke* Smart Government, in: ders. (Hrsg.) Smart Government – Intelligent vernetztes Regierungs- und Verwaltungshandeln in Zeiten des Internets der Dinge und des Internets der Dienste, 2016, 19 (65).

[89] *Alexander Gluba* Predictive Policing – eine Bestandsaufnahme, 2014; *Bernd Belina* Predictive Policing, MschrKrim 2016, 85 ff.; *Timo Rademacher* Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, AöR Bd. 142 (2017), 366 ff.; *Tobias Singelnstein* Predictive Policing: Algorithmenbasierte Straftatprognosen zur vorausschauenden Kriminalintervention, NStZ 2018, 1 ff.; *ders.* Big Data und Strafverfolgung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, 179 ff.; *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 15.

[90] *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1277; *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 414.

[91] *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1277.

[92] So für den Steuerrechtsvollzug *Michael Droege* Eigenheiten der Steuerrechtswissenschaft, 2016, 101; *Paul Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater, DStR 2018, 497 (501).

sem Sinne ist Rechtsstaatlichkeit die „Herrschaft von Gesetzen, nicht von Menschen“.[93]

Zugleich ist aber zu gewärtigen, dass sich der Algorithmus auf technische Standardisierung,[94] auf Fallgruppenbildung[95] und damit auf Erfahrung, nicht auf Vorausdenken stützt. Er organisiert eine formale, modellhafte Regelmäßigkeit und kann dadurch die Humanität verfehlen. Es droht ein maschinenhaft-lückenloser Vollzug[96] ohne Gespür für die Besonderheiten des Einzelfalls, ohne Toleranz, ohne Fähigkeit zur Billigkeitsentscheidung, ohne menschliches Maß,[97] ohne auch nur Widerspruch zuzulassen. Denn die Verwaltungskommunikation entfällt oder wird auf vordefinierte Formularfelder reduziert. Bei einer Vollautomatisierung der Leistungsverwaltung droht auch die autonomie- und würdesichernde Funktion der Antragsabhängigkeit von Leistungen in Gefahr zu geraten, zum Beispiel im Sozialrecht.[98] All dies kann Freiheitsräume wie ein Korsett einschnüren[99] und sich zudem abträglich auf die Akzeptanz des Rechts auswirken.

b) Positive Ausstrahlung auf das Gesetzesrecht – Quasi-gesetzliche Normativität des Vollzugsalgorithmus

Doch strahlt die Vollzugsautomatisierung auch auf das Recht selbst aus. Die Automatisierung verlangt, das Gesetz in einen Algorithmus zu übersetzen. Einerseits kann dieses Übersetzungserfordernis den Gesetzes-

---

[93] *Herbert Krüger* Allgemeine Staatslehre, 1964, 277.

[94] Mit dem prägnanten Begriff der „formatierten Freiheit“ *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 502 f.; s. auch *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 82 f.; *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 123 f.

[95] Dazu bereits *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 4), 108 ff.; *Simitis* Automation in der Rechtsordnung (Fn. 7), 18 spricht von „Routinisierung“; entsprechend *Indra Spiecker genannt Döhmann* Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen, in: VVDStRL Bd. 77 (2018), 9 (36 ff.) („Digitalisierung als Ursache von Fragmentierungen“); zum besonderen Problem des Übersehens oder der fälschlichen Unterstellung von Zusammenhängen, gerade auch von Kausalverläufen, *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 416.

[96] *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 104.

[97] *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 498.

[98] Dazu *Hölzel* Vom E-Government zum Smart Government (Fn. 84), 1017.

[99] Zur „Enge der programmierten Freiheit“ *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 503; zu der – auch im Gesetzesvollzug bestehenden – Gefahr des Unterlaufens bewusster Reflexion *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 6 unter Verweis auf *Mireille Hildebrandt* Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, 263 („Pre-emptive Computing Systems“).

inhalt neu bewusst machen und auf die Klarheit und Einfachheit des Gesetzesrechts hinwirken, weil sich das Recht nur dann automatisch vollziehen lässt, wenn es klar und einfach ist.[100] Da die Verwaltung nach Maßgabe der Gesamtrechtslage zu handeln hat, impliziert das Übersetzungserfordernis zudem ein Konsolidierungserfordernis, das dazu beitragen kann, Normen unterschiedlicher Provenienz besser als gegenwärtig in ihrem Zusammenwirken zu verstehen und Inkonsistenzen aufzudecken.[101]

Andererseits ist jedoch zu befürchten, dass im Ergebnis nicht etwa ein entsprechend gestaltetes Recht den Algorithmus und seinen Vollzug diktiert, sondern dass sich der Gesetzgeber vielmehr schon bei der Gesetzgebung an sachfremden Eigengesetzlichkeiten der Computertechnik orientiert, ein computergerechtes, nicht sachgerechtes Recht schafft.[102] Weiterhin ist zu gewärtigen, dass den Programmierern, die das Gesetz sodann in einen Algorithmus übersetzen, ganz erhebliche, nicht legitimierte Interpretationsmacht zufällt;[103] das sprachlich gefasste, auslegungsoffene und -bedürftige[104] Recht wird hier in harten, verbindlichen Computercode überführt („code is law“[105]).[106] Und schließlich kann der Code trotz seiner Vollzugs-

---

[100] Bereits *Zeidler* Über die Technisierung der Verwaltung (Fn. 4), 27; auch *Gregor Kirchhof* Einzelfallgerechtigkeit und Maßstabbildung im digitalisierten Massenfallrecht, in: Klaus-Dieter Drüen/Johanna Hey/Rudolf Mellinghoff (Hrsg.) FS BFH, 2018, Bd. I, 361 (364 f., 381 f.).

[101] *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 498 f.

[102] Bezeichnend aus den 1960er Jahren der Titel von *Malte von Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968; auch *Hans Joachim von Oertzen* Automationsgerechte Gesetze als Voraussetzung der Automation, DVBl. 1969, 61 ff.; zu Recht kritisch dagegen bereits *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 4), 45 f.; *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 71 f.; auch *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 501.

[103] *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 410 („Programmierung als Normsetzung“); *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 31 ff.; *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 498; *Volker Boehme-Neßler* Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts. Wie die Digitalisierung das Recht relativiert, NJW 2017, 3031 (3033).

[104] Zur Interpretationsoffenheit und -bedürftigkeit der in menschlicher Sprache abgefassten Regeln *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 26.

[105] *Lawrence Lessig* Code and Other Laws of Cyberspace, 1999.

[106] Diese Überführung stellt sich in der Praxis als große Herausforderung dar; experimentiert wird mit maschinenlesbaren Metadaten, die mit gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen verknüpft werden, um eine „Vollzugsontologie“ zu generieren; dazu *Oliver Raabe u. a.* Recht ex machina. Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste, 2012; *Martin Engel* Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, 1096 ff.; *Heribert Anzinger* Möglichkeiten der Digitalisierung des Rechts, in: DStJG Bd. 42 (2019) (im

funktion weitergehend regelbildend wirken.[107] Wie schon vielfach gezeigt wurde, erreichen nicht nur fallbasiert, sondern auch regelbasiert arbeitende Computersysteme oftmals eine so hohe Komplexität, dass sich selbst den Programmierern die Entscheidungsfindung nicht mehr ganz erschließt.[108] Nachträglich wird mitunter festgestellt, dass der Algorithmus eigene Hilfsregeln generiert hat. Dies wird inzwischen vor allem unter dem Gesichtspunkt diskriminierender Fallgruppenbildungen durch gesetzesvollziehende Algorithmen diskutiert;[109] so etwa dann, wenn der Computer das Rückfallrisiko eines Straftäters eng mit seiner Hautfarbe oder Herkunft assoziiert.[110] Das beschwichtigende Festhalten an der holzschnittartigen Unterscheidung zwischen Algorithmen, die vermeintlich harmlose Wenn-Dann-Verknüpfungen vornehmen, und gefährlichen selbstlernenden Systemen verkennt die Breite der Problematik.

Darüber hinaus kann der automatische Gesetzesvollzug aber nicht nur quasi-gesetzlich typisierend regelbildend wirken, sondern er könnte in Zukunft auch eine neuartige Personalisierung der gesetzlichen Ausgangsmaßstäbe veranlassen. So könnten Geschwindigkeitsbeschränkungen in Abhängigkeit von Vorverhalten und Fähigkeiten des konkreten Autofahrers variiert oder zeitliche Benutzungsregelungen für öffentliche Anlagen entsprechend dem konkreten Lärmpegel angepasst werden. Eine solche Individualisierung oder „Granularisierung“ des Rechts wird zum Teil als Ausdruck der Einzelfallgerechtigkeit begrüßt.[111] Die Allgemeinheit des

---

Erscheinen); sehr optimistisch *Axel Adrian* Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion, Rechtstheorie Bd. 48 (2017), 77 ff.; sehr kritisch demgegenüber *Kyriakos N. Kotsoglou* Subsumtionsautomat 2.0. Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung, JZ 2014, 451 (452 ff.).

[107] Dazu *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 59 ff. („Verlust der Steuerungswirkung des materiellen Rechts“); *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 497 („Der Algorithmus bietet die Regel aus der Maschine.“).

[108] *Wolfgang Schulz/Kevin Dankert* Die Macht der Informationsintermediäre, 2016, 64 ff.

[109] Allgemein *Engin Bozdag* Bias in algorithmic filtering and personalization, Ethics and Information Technology 15 (2013) 209 ff.; im Zusammenhang mit dem Gesetzesvollzug *Mario Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1018); *Thomas Wischmeyer* Regulierung intelligenter Systeme, AöR Bd. 143 (2018), 1 (26 ff.); *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 411; s. dazu Art. 22 DSGVO und Art. 22 BDSG.

[110] S. zu entsprechenden Befunden in den USA eine Studie der Stiftung Pro Publica von 2016; <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

[111] In diese Richtung *Christoph Busch/Alberto De Franceschi* Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law, in: Vanessa Mak/Eric Tjong Tjin Tai/Anna Berlee (Hrsg.) Research Handbook in Data Science and Law, 2018 (im Erscheinen)

Gesetzes, seine Distanz zum konkreten Fall wird dabei als bislang vor allem technisch begründetes, nunmehr mithilfe von Big Data-Anwendungen zu überwindendes Defizit des Rechts bezeichnet.

Im Ergebnis könnte hier eine neue Form der Normativität in der Sphäre des Gesetzesvollzugs entstehen, die qualitativ weit über die klassische, gesetzesordnende und -strukturierende Dogmatik,[112] die der Exekutive seit jeher dient,[113] hinausgeht.

Dies hat Konsequenzen für die Funktion der Staatsgewalten. Wenn sich der Vollzugsalgorithmus als authentische Übersetzung des Gesetzes darstellt, eigenständig typisiert oder das Gesetz gar einzelfallbezogen variiert, dann entwickelt er eine normative Kraft, die die Unterscheidung zwischen Gesetz und Vollzug, zwischen Regel und Einzelfall gefährdet; Legislativ- und Exekutivfunktion verschwimmen; die Exekutive greift in die Normsetzung über,[114] ohne Delegatar zu sein. Zudem verliert die Judikative ihren sicheren Prüfungsmaßstab. Die technikbasierte Steuerung des Einzelfalls, die objektive Richtigkeit beansprucht, isoliert sich auf diese Weise gegenüber den gesetzlichen Ausgangsmaßstäben und immunisiert sich gegenüber einer Kontrolle anhand dieser Maßstäbe.[115]

---

mit der Unterscheidung zwischen „substantive and formal realizability“ unter Verweis auf Rudolph von Jhering (s. *Rudolph von Jhering* Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 1, Bd. 1, 1854, 51) und Louis Kaplow (*Louis Kaplow* A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules, Journal of Law, Economics & Organization 11 (1995) 150); s. zum Zusammenhang zwischen digitalisierungsbedingter Fragmentierung und Personalisierung auch *Spiecker genannt Döhmann* Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen (Fn. 95), 36 ff.

[112] Zu Funktion, Leistungsfähigkeit und Grenzen von Dogmatik aus jüngerer Zeit u. a. *Julian Krüper/Heike Merten/Martin Morlok* (Hrsg.) An den Grenzen der Rechtsdogmatik, 2010; *Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider* (Hrsg.) Was weiß Dogmatik?, 2012; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, 2013.

[113] Man denke beispielsweise an die Fallgruppenbildungen zur Konkretisierung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel.

[114] Auch *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 150 ff. (sinkender Einfluss der Gesetzgebungsorgane); *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 124 (zunehmende „‚Verrechtlichung‘ des Verwaltungshandelns“; „Recht stellt im automatisierten Verfahren nicht mehr eine ‚Ordnungsform‘ dar, welche sich als Anspruch an die Gesellschaft insgesamt wendet und nachvollziehbar ist, sondern weitgehend nur noch eine ‚Regelungsform‘, welche die Verwaltungsproduktion formiert“; unter Verweis auf *Klaus Grimmer* Die Funktion des Rechts in der automatisierten Verwaltung, Datenverarbeitung im Recht 1980, 323 (333)).

[115] S. allgemein zu der Gefahr des Verlusts politischer Steuerungsfähigkeit infolge der zunehmenden Digitalisierung der Umwelt *Yvonne Hofstetter* Das Ende der Demokratie. Wie die künstliche Intelligenz die Politik übernimmt und uns entmündigt, 2016.

c) *Staatliche Nutzbarmachung privat entwickelter Technik – Neue Abhängigkeiten und Verflechtungen*

Schließlich betrifft die Automatisierung des Gesetzesvollzugs auch das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft. Wenn die staatlich eingesetzten Rechner, Algorithmen und Sensoren von privaten Unternehmen entwickelt werden, dann macht sich der Staat einerseits bemerkenswerte Innovationen, die im privatwirtschaftlichen Umfeld entstehen, für effizientes Verwaltungshandeln zunutze.

Andererseits kann dieser Weg den Staat aber auch in erhebliche Abhängigkeiten führen und Kontrollverluste bewirken.[116] Wenn § 87c AO vorschreibt, dass nichtamtliche Programme, die in der Steuerverwaltung eingesetzt werden, „im Rahmen des in der Programmbeschreibung angegebenen Programmumfangs die richtige und vollständige Verarbeitung" der Daten gewährleisten müssen,[117] dann gibt dies einer Hoffnung Ausdruck, kaschiert bei Licht betrachtet aber die Tatsache, dass sich die Programminhalte für den Staat als black box[118] darstellen können; sei es wegen mangelnder Fachkunde, sei es gar nach den Vertragsbedingungen.[119]

Darüber hinaus kann es zu neuartigen Verflechtungen zwischen Staat und Wirtschaft kommen. Die Anlagenhersteller und Algorithmenentwickler rücken nahe an den Staat heran, kooperieren in gemeinsam besetzten Steuerungsgremien, entwickeln Hardware- und Softwarelösungen und prägen dadurch den Vollzug mit. Im Steuerrecht ist dies ein klar zu beobachtender Trend. Der Steuerberater kann erst dann sichere Auskunft geben, wenn die private DATEV e.G. das Anwendungsprogramm zu einer Steuerregelung bereitgestellt hat. Auch können IT-Unternehmen interessiert sein, sich mit den im Rahmen des Vollzugs erhobenen Daten, etwa bei der Verkehrsüberwachung, bezahlen zu lassen.[120] Umgekehrt mag der Staat ein Interesse

---

[116] *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 62; deutlich auch *Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1258; allgemein zum Bedeutungsverlust des Staates durch zunehmende Technisierung *Volker Boehme-Neßler* Das Ende des Staates? Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Staat, ZöR Bd. 64 (2009), 145 (175 f.).

[117] Die Vorschrift richtet sich an erster Stelle an die Hersteller der Programme; zudem ermächtigt sie die Finanzbehörden, die Programme und Dokumentationen zu überprüfen; dazu *Bernd Rätke*, in: Franz Klein, Abgabenordnung, Kommentar, 14. Aufl. 2018, § 87c Rn. 2; zur Frage nach der behördlichen Zuständigkeit *Peter Brandis*, in: Klaus Tipke/Heinrich Wilhelm Kruse, AO/FGO, Kommentar, Stand: September 2018, § 87c Rn. 2.

[118] Grundlegend zu der Problematik *Frank Pasquale* The Black Box Society, 2015.

[119] *Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1259.

[120] *Hoffmann-Riem* Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn. 55), 53 hat schon im Jahr 2000 einen Trend zur Professionalisierung und Kommerzialisierung der Informationsnutzung beschrieben; kürzlich hat beispielsweise ein US-amerikanisches

daran haben, privat erhobene Daten zu öffentlichen Zwecken weiterzuverarbeiten, so zum Beispiel Daten über die aktuelle Müdigkeit eines Autofahrers oder über den Betriebszustand einer chemischen Anlage. All dies wirft neben Fragen des Datenschutzes auch solche nach Zurechnung und Verantwortung auf.

Mahnendes, in unserem Rechtskreis freilich fremd anmutendes Beispiel einer sehr stark verwobenen Struktur ist das gegenwärtig entstehende Sozialpunktesystem in China. In diesem System werden Informationen ganz unterschiedlicher Herkunft verknüpft, um Punktekonten zu speisen, die dem Bürger sodann Freiheiten in Staat und Gesellschaft eröffnen oder aber verschließen. Verliert der Bürger erforderliche Sozialpunkte, etwa durch ein Fehlverhalten, wird er von der Teilhabe am Geld-, Verkehrs- und Bildungssystem ausgeschlossen. Das staatliche Kontrollanliegen geht hier mit privatwirtschaftlichen Interessen und auch gesellschaftlichen Wertvollstellungen Hand in Hand; Staatsmacht, Marktkräfte und Moral wirken auf komplexe Weise zusammen.[121] Im Ergebnis steht die staatlich erwünschte, ubiquitär wirksam werdende,[122] aber nicht mehr zurechenbare Selbststeuerung und -kontrolle des Gemeinwesens, die organisierte Nichtverantwortlichkeit für ein Herrschaftsregime.

IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe digitalisierter Staatsgewalt

1. Leitende These: Wahrung und Förderung politischer und privater Freiheit durch Pflege und Fortbildung des allgemeinen Gesetzes

Die Digitalisierung kann die Staatsgewalt also objektivieren, aber auch den Einzelfall aus dem Blickfeld drängen; sie kann das Recht in neuem

---

Unternehmen der Stadt Hamburg auf eine entsprechende Ausschreibung hin die kostenlose Installierung „intelligenter" Straßenlaternen unter der Voraussetzung angeboten, dass das Unternehmen die von den Laternen erhobenen Umweltdaten nutzen darf.

[121] Der Staat setzt mit anderen Worten die Eigenrationalität des Marktes wie auch traditionelle Moralvorstellungen zur Durchsetzung der Überwachung ein; dazu *Genia Kostka* China's Social Credit Systems and Public Opinion: Explaining High Levels of Approval, August 2018, verfügbar unter <https://ssrn.com/abstract=3215138>; vgl. auch *Samantha Hoffman* Programming China: The Communist Party's autonomic approach to managing state security, Dezember 2017, verfügbar unter <https://www.merics.org/de/microsite/china-monitor/programming-china>.

[122] *Mario Martini* Wie werden und wollen wir morgen leben? – Ein Blick in die Glaskugel der digitalen Zukunft, in: Hermann Hill/Mario Martini/Edgar Wagner (Hrsg.) Die digitale Lebenswelt gestalten, 2015, 9 (49 f.) spricht von der Gefahr eines „digitalen Panoptikums" im Foucault'schen Sinne; vgl. dazu *Michel Foucault* Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Geschichte der Gouvernementalität I, 2006; auch *Jens Kersten* Menschen und Maschinen, JZ 2015, 1 (3).

Licht erscheinen lassen, aber auch autonom werden; und sie kann private Innovationen für den Staat nutzbar machen, den Staat aber auch in Abhängigkeit und Verflechtung führen. Messen wir diesen Befund nun an den Maßstäben des Verfassungsrechts, so ist vorab festzustellen, dass – erstens – der technische Fortschritt weiterhin unaufhaltsam erscheint[123] und – zweitens – der einzelne Mensch auch in Zukunft steuerbar, zumal durch Anreize verführbar sein wird.[124]

Als substantielle Variable verbleibt vor diesem Hintergrund allein die Gestaltung des Rechts. Der Entfaltung der Verfassungsmaßstäbe sei deshalb die These vorangestellt, dass die Wahrung der politischen und der privaten Freiheit unter den Bedingungen einer digitalisierten, insbesondere automatisierten Staatsgewalt gelingen und dass die Digitalisierung diesen Freiheiten sogar dienen wird, wenn das allgemeine Parlamentsgesetz als Auftrag und Maßstab der Verwaltung gepflegt und fortgebildet wird und dadurch die demokratischen und rechtsstaatlichen Eigenleistungen von Legislative, Exekutive und Judikative gesichert bleiben.

2. *Das allgemeine Parlamentsgesetz als demokratische und rechtsstaatliche Grundlage des Verwaltungsvollzugs*

a) *Parlamentarisch-demokratische Fundierung des automatisierten Vollzugs*

Mit dem Gesetz zeichnet der Gesetzgeber die Verwaltungstätigkeit in allgemeinen Regeln vor.[125] Das Parlamentsgesetz ist tragendes Fundament der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation der Exekutive.[126] Es rechtfertigt den Freiheitseingriff und die soziale Gestaltung als Akt der kollektiven Selbstbestimmung. Ist der Gesetzesinhalt klar und deutlich, kann

---

[123] *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1019; s. zu den konkreteren Perspektiven und zu den Motiven des Staates, die Fortschritte der Technik nutzbar zu machen, bereits oben III. 1.

[124] Dies ist die zutreffende Ausgangsannahme des grundrechtlich problematischen Nudging-Ansatzes; s. *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein* Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness, 2008; *Alexandra Kemmerer u. a.* (Hrsg.) Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging, 2016; kritisch *Gregor Kirchhof* Nudging – zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltens, ZRP 2015, 136 f.

[125] *Hasso Hofmann* Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: Christian Starck (Hrsg.) Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, 9 ff.; *Fritz Ossenbühl* Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 100 Rn. 11 f.; *Gregor Kirchhof* Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

[126] *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 21 f.; auch *Ossenbühl* Gesetz und Recht (Fn. 125), Rn. 19 (das Gesetz als „Eckstein des demokratischen Rechtsstaates“).

er auch eine Automatisierung wirksam anleiten und dadurch einen objektiven und besonders effizienten Vollzug des gesetzgeberischen Willens bewirken.[127] Weil nur die menschliche Sprache, nicht aber ein Algorithmus den Parlamentariern unmittelbar zugänglich und auch zur Ausformulierung eines politischen Kompromisses geeignet ist,[128] ist es schon aus demokratischen Gründen unerlässlich, das Gesetz in Sprache zu fassen.[129] Der Vorschlag, das Parlament solle ausschließlich oder zusätzlich zum Gesetz einen Vollzugsalgorithmus beschließen, um diesen demokratisch stärker zu fundieren,[130] ist deshalb abzulehnen.

b) *Rechtsstaatliche Vorhersehbarkeit*

Nur das in Sprache gefasste, klare und deutliche Gesetz ist zudem für den Bürger verständlich und einsichtig, in seinen Wirkungen vorhersehbar und Grundlage von Vertrauen.[131] Auch aus rechtsstaatlichen Gründen kann deshalb allein dieses Gesetz, nicht aber ein Algorithmus Verbindlichkeit beanspruchen.

c) *Schutz von Freiheit und Gleichheit durch abstrakt-generelles, typisierendes Gesetz*

Schließlich gewährleistet das abstrakt-generelle, typisierende Parlamentsgesetz auch den materiell-rechtsstaatlichen Schutz von Freiheit und Gleichheit im digitalisierten Staat. Die leitende Fundierung des Staatshandelns durch ein Gesetz, das die Distanz zum Einzelfall wahrt, hält Freiheitsräume normativ offen, auch zukunftsoffen, und sichert rechtliche Gleichheit.[132] Ungeachtet aller technikbedingten Erkenntnismög-

---

[127] *Kirchhof* Einzelfallgerechtigkeit und Maßstabbildung im digitalisierten Massenfallrecht (Fn. 100), 366 („Steuergesetze müssen, um im Massenfallrecht vollzogen, um nachprüfbar digitalisiert angewandt werden zu können, typisieren und auch pauschalieren.“).

[128] Vgl. *Oliver Lepsius* Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Martin Bertschi u. a. (Hrsg.) Demokratie und Freiheit, 1999, 123 ff.

[129] *Waldhoff* Herausforderungen des Verfassungsstaates durch die Digitalisierung (Fn. 45); auch die sich in der parlamentarischen Willensbildung widerspiegelnde Willensbildung des repräsentierten Volkes ereignet sich in menschlicher Sprache.

[130] Differenzierend dazu *Ekkehart Reimer* Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung, in: DStJG Bd. 42 (2019) (im Erscheinen).

[131] *Paul Kirchhof* Deutsche Sprache, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 20 Rn. 13; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Der Rechtsstaat, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 60, 85.

[132] Zu den Funktionen des Gesetzes im demokratischen Rechtsstaat *Paul Kirchhof* Mittel staatlichen Handelns, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 99 Rn. 181 ff.; die Grundrechte treten als Garanten der Freiheit und Gleichheit hinzu; s. zum gebotenen grundrechtlichen Schutz vor den Wirkungen digitalisierungsbedingter Personalisierung *Spiecker genannt Döhmann* Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen (Fn. 95), 55 f.

lichkeiten kann es deshalb geboten sein, bestimmte Erkenntnisse als tatbestandlich unerheblich zu qualifizieren. Daneben sind oftmals Tatbestandsunbestimmtheiten, Ermessensräume oder auch Billigkeitsvorbehalte auszugestalten, die es der Exekutive überantworten, Freiheit und Gleichheit im konkreten Fall zu sichern.[133] Selbst punktuelle, vereinzelte Vollzugsdefizite, die sich aus der Abstraktheit des Gesetzes und dem daraus folgenden Vollzugsaufwand ergeben, können Freiheit schonen und die Staatsmacht menschlich erscheinen lassen,[134] so zum Beispiel im Straßenverkehr.

Der Gedanke einer durch die Technik ermöglichten „Granularisierung" des Rechts[135] ist deshalb ein Missverständnis, soweit mit dem Recht die Rechtsnorm gemeint ist. Freiheits- und gleichheitsgerecht ist niemals die Individualisierung der Maßstäbe, sondern allenfalls und in Grenzen die technikgestützt verbesserte Subsumtion unter den allgemeinen Maßstab.

3. Einzelfallgerechter Gesetzesvollzug

a) Exekutive Sicherung der Gesetzesbindung bei Vollzugsautomatisierung – Erfordernis neuer Controllingstrukturen

Es ist sodann Aufgabe der Verwaltung, das Gesetz zu vollziehen. Die Automatisierung ist eine Vollzugsoption. Wird sie gewählt, kann die Verwaltung die Gesetzesbindung in erster Linie dadurch sichern, dass sie Controllingstrukturen entwickelt, die die Programmierung und Implementierung des Vollzugsalgorithmus begleiten. Hinzu tritt eine korrespondierende Vollzugsüberwachung.[136] Dementsprechend sieht § 88 Abs. 5 S. 3 Nr. 4 AO eine „regelmäßige Überprüfung der Risikomanagementsysteme auf ihre Zielerreichung" vor. Das zu erreichende Ziel kann dabei wiederum nur die Übereinstimmung des Vollzugs mit dem Gesetz sein, das allein für die Verwaltungsbeamten maßstäblich und greifbar ist.[137]

---

[133] Zur Komplementärfunktion der Verwaltung im Verhältnis zum Gesetzgeber *Meinhard Schröder* Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 106 Rn. 27; zur Komplementarität von Legislative und Exekutive bei der Grundrechtssicherung *Hans-Detlef Horn* Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999; s. auch *Sebastian Müller-Franken* Verwaltung, in: Hanno Kube u. a. (Hrsg.) Leitgedanken des Rechts, Bd. 1, 2013, § 73 Rn. 20 ff.

[134] Punktuelle, vereinzelte Vollzugsdefizite sind dabei von strukturellen Vollzugsdefiziten abzugrenzen, die zur Verfassungswidrigkeit des zugrundeliegenden Gesetzes führen; BVerfGE 84, 239 (271 ff.); 110, 94 (112 ff.).

[135] S. dazu mit Nachweisen oben III. 2. b).

[136] *Wischmeyer* Regulierung intelligenter Systeme (Fn. 109), 39 ff.; *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1021 f.

[137] *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 415 (Rechtmäßigkeitsurteil nach Maßgabe der Übereinstimmung des automatisch erlassenen Verwal-

Beispiel einer Fehlentwicklung ist § 39b Abs. 6 S. 2 EStG. Wenn danach dem Ergebnis der maschinellen Steuerberechnung gemäß einem Programmablaufplan Vorrang vor dem regelgerechten Ergebnis eingeräumt wird, solange sich das ausgeworfene Ergebnis an das materiell richtige Ergebnis „anlehnt", wird der Gedanke des Gesetzesvorrangs verfälscht.[138] Dies gilt unabhängig davon, ob man den Programmablaufplan als Verwaltungsvorschrift einordnet. Auch die Form der Rechtsverordnung schafft hier keine Brücke. Sie verbietet sich für Programmablaufpläne und ebenso für den Maschinencode aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen.

Darüber hinaus erscheint es als rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit, dass der Verwaltungsbeamte auch in jedem Einzelfall die Übereinstimmung des automatisierten Vollzugs mit dem Gesetz nachprüfen kann, wenn er dazu Anlass sieht. Die Wirtschaftlichkeit des Vollzugs darf nur im Rahmen der Gesetzmäßigkeit, nicht aber gegen die Gesetzmäßigkeit verwirklicht werden.[139] Deshalb ist es rechtsstaatlich sehr bedenklich, wenn das steuerverfahrensrechtliche Risikomanagementsystem so eingesetzt wird, dass der Finanzbeamte nur automatisch ausgesteuerte Fälle im ausgesteuerten Umfang prüfen kann und keinen eigenen Zugriff auf das Fallmaterial hat.[140] Der zu Recht vom Untersuchungsgrundsatz her denkende Verwaltungsbeamte wird dadurch seinerseits zum Automaten degradiert. Die Übernahme

---

tungsakts mit dem Gesetz); *Gregor Kirchhof* Rechtsetzung und Rechtsanwendung im steuerlichen Massenfallrecht, in: DStJG Bd. 40 (2017), 47 (65 f.) („Gesetzmäßigkeit – keine Belastung nach Wahrscheinlichkeit und Vermutung"); in problematischer Weise abweichend in der Frühphase der Entwicklung etwa *Zeidler* Über die Technisierung der Verwaltung (Fn. 4), 17 (keinerlei Endkontrolle der Entscheidung durch die Behörde; der Vorgang werde „aus der Verantwortung des juristisch vorgebildeten Beamten genommen und weitgehend in die Hände des Mathematikers oder Ingenieurs gelegt").

[138] In § 39b Abs. 6 EStG manifestiert sich die Problematik eines im Zuge der Digitalisierung zunehmend unscharfen Rechts; umfassend *Volker Boehme-Neßler* Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008; *ders.* Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts (Fn. 103), 3036 f.; kritisch zu der zunehmenden Entkopplung vom materiellen Recht im Zusammenhang des Steuerrechts auch *Christian Ahrendt* Alte Zöpfe neu geflochten – Das materielle Recht in der Hand von Programmierern, NJW 2017, 537 (538); konkret zu § 39b Abs. 6 EStG *Thomas Eisgruber*, in: Paul Kirchhof (Hrsg.) Einkommensteuergesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2018, § 39b Rn. 10 („zwar bedenklich, ist jedoch der Komplexität des Verfahrens geschuldet").

[139] S. zur Problematik der Anwendung des Wirtschaftlichkeitskriteriums auf die staatliche Verwaltung bereits *Luhmann* Recht und Automation (Fn. 2), 116 ff.

[140] Teilweise wird befürchtet, dass der Einsatz steuerverfahrensrechtlicher Risikomanagementsysteme neue Gefahren struktureller Vollzugsdefizite begründen könne; so etwa *Moritz Maier* Verfassungsrechtliche Aspekte der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens, JZ 2017, 614 (616 ff.); *Kirchhof* Rechtsetzung und Rechtsanwendung im steuerlichen Massenfallrecht (Fn. 137), 64 f.; optimistischer dagegen *Rätke* in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar (Fn. 117), § 88 Rn. 92.

rechtsstaatlicher Verantwortung wird unmöglich gemacht, Verwaltungskultur zerstört.[141]

b) Das Gesetz als Fundament der Entscheidungsbegründung

Neben der Gesetzesbindung verlangt der formale Rechtsstaat die Begründung der Einzelfallentscheidung. Nur die begründete Entscheidung ist für den Bürger nachvollziehbar, erzielt Akzeptanz und ist auch Anknüpfungspunkt für das Ersuchen um Rechtsschutz.[142] Selbst wenn das Rechtsprodukt der Vollzugsautomatisierung objektiv richtig ist, bleibt es deshalb ohne sichtbaren Rekurs auf einen nachvollziehbaren Grund verfassungsrechtlich defizitär.

In diesem Zusammenhang wird nun vorgeschlagen und teilweise aus der Datenschutzgrundverordnung abgeleitet,[143] dass Vollzugsalgorithmen transparent und einem Recht auf Erklärung unterworfen sein sollen.[144] Zwar ist es durchaus bezeichnend, dass gängige Programmiersprachen Phyton und Delphi heißen, ein führendes Computerunternehmen Oracle; die Idee der Aufklärung sieht sich durch die Digitalisierung in der Tat herausgefordert.[145] Doch führt der Vorschlag, formale Rechtsstaatlichkeit durch Algorithmentransparenz befördern zu wollen, nicht weiter. Zum einen dürfte es angesichts der selbst für Experten kaum noch nachzuvollziehenden Komplexität der Systeme wohlgemeint, aber aussichtslos sein, die Entscheidungsstrukturen eines Vollzugsalgorithmus für den betroffenen Bürger umfassend transparent machen zu wollen.[146] Die schon genannten

---

[141] S. zum Einfluss der Digitalisierung auf die Verwaltungskultur umfassend *Hermann Hill* Wandel von Verwaltungskultur und Kompetenzen im digitalen Zeitalter, DVBl. 2014, 85 ff.

[142] *Uwe Kischel* Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003, 39 ff.

[143] Zur Problematik dieser Ableitung aus den Vorschriften in Art. 13–15 sowie 22 DSGVO *Wischmeyer* Regulierung intelligenter Systeme (Fn. 109), 48 ff.

[144] *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1020; besondere Herausforderungen ergeben sich hier im Bereich von machine learning-Anwendungen (explainable artificial intelligence).

[145] *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1018 („Die algorithmische Welt gründet ihr Fundament auf Arkan-Formeln." Dies „birgt Gefahren für gesellschaftliche Grundwerte.").

[146] Grundsätzlich kritisch zu dieser Form der Herstellung von Nachvollziehbarkeit auch *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 213 ff.; *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 416; s. auch *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 453; die Schwierigkeiten, Algorithmentransparenz herzustellen, potenzieren sich beim Einsatz von machine learning-Systemen, die ihre Wissensbasis und ihre Entscheidungsstrukturen stetig anpassen; dazu *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1019 („Wie sie

Programmablaufpläne[147] sind oftmals nicht mehr als vereinfachende Darstellungen des tatsächlich vollzogenen Programms. Ein Algorithmen-TÜV[148] mag Vertrauen fördern,[149] kann den Bedarf nach Begründung aber seinerseits nicht decken.[150] Zum anderen und grundsätzlicher ist zudem festzustellen, dass der Vollzugsalgorithmus ohnehin nur die Umstände der innerbehördlichen Entscheidungsfindung betrifft, die auch bislang nicht unmittelbarer Gegenstand der Entscheidungsbegründung waren, sondern allein Thema der Verwaltungstransparenz sind. Tragendes Fundament der Entscheidungsbegründung bleibt deshalb auch unter den Bedingungen der Automatisierung das allgemeine Gesetz, aus dem sich die Einzelfallentscheidung ableiten lassen muss.[151] Je dunkler das Verwaltungsverfahren bleibt, desto stärker muss sich die Verwaltungsentscheidung aus dem materiellen Gesetz ergeben.[152] Allenfalls aus gleichheitsrechtlichen Gründen kann es geboten sein, bestimmte Kriterien von Vollzugsalgorithmen aufzudecken, wenn Einzelne aufgrund privater Datenmacht auf diese rückzuschließen imstande sind und sich auf sie einstellen können, andere dagegen nicht, so etwa im Steuerrecht.[153]

---

zu ihren Ergebnissen gelangen, bleibt von außen nicht einsehbar und mithin auch für Kontrollmechanismen nicht nachvollziehbar.).

[147] S. oben IV. 3. a).

[148] *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 453; *ders.* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1021.

[149] Auf die tatsächlichen Voraussetzungen dafür, auch einer elektronisierten Verwaltung vertrauen zu können, setzt und hofft *Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1259 („Echte Kontrolle ist nur noch spezialisierten Experten möglich, der Rest muss vertrauen."); s. auch *Cornelius G. Kopke* Vertrauensraum in der Digitalisierung, Bundesdruckerei-Studie über den Regelungsbedarf bei E-Government und digitaler Signatur, 2017; *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 2), 804 ff.

[150] Vgl. BVerfGE 123, 39 (71 ff.) zu den engen Grenzen des zulässigen Einsatzes elektronischer Wahlgeräte wegen der verfassungsrechtlich erforderlichen zuverlässigen Richtigkeitskontrolle.

[151] Nach *Wischmeyer* Regulierung intelligenter Systeme (Fn. 109), 61 ff. sollen Erklärungen über die Funktionsweise intelligenter Systeme jedenfalls in eine „arbeitsteilige Begründungs- und Kontrollarchitektur" eingebunden werden können.

[152] Dies folgt spiegelbildlich aus dem Gedanken, dass sich materiellrechtlich begründete Entscheidungsschwäche durch rechtsstaatsförderliche Verfahrensschritte kompensieren lässt; dazu BVerfGE 53, 30 (57 ff.); *Peter Häberle* Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL Bd. 30 (1972), 43 (86 ff.) (status activus processualis); *Helmut Goerlich* Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981.

[153] S. in diesem Zusammenhang die Diskussion darüber, ob eine Veröffentlichung von Einzelheiten der steuerverfahrensrechtlichen Risikomanagementsysteme – entgegen § 88 Abs. 5 S. 4 AO – geboten ist; für eine solche Veröffentlichung *Mellinghoff* Auswirkungen der Digitalisierung im Steuerrecht (Fn. 64), 436; in diese Richtung auch *Sascha Bleschick* Überprüfung elektronischer Daten im Besteuerungsverfahren durch den Außenprüfer, DStR 2018, 1050 (1054 f.).

Dementsprechend kann auch der außergerichtliche Rechtsschutz gegenüber vollautomatisch getroffenen Entscheidungen, wie er durch Art. 22 Datenschutzgrundverordnung besonders verlangt wird,[154] allein dann gelingen, wenn das allgemeine Gesetz als zentraler Maßstab aktuell verbindlich bleibt,[155] wenn das Binnensystem des Algorithmus die Intervention der Beanstandung erträgt und wenn es entsprechend angepasst werden kann.[156]

c) *Freiheits- und gleichheitssichernde Ausfüllung gesetzlich eröffneter Räume*

Soweit das Gesetz Räume auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite eröffnet, überbringt es der Verwaltung einen Auftrag zur situations- und gegenwartsgerechten Auslegung und Anwendung.[157] Die Verwaltung leistet hier einen eigenen demokratischen Legitimationsbeitrag und übernimmt weitere rechtsstaatliche Verantwortung für die Freiheit und Gleichheit des Vollzugs. Nicht selten vollendet sich der Rechtssatz dabei gerade auch in der menschlichen Begegnung, gelingt etwa die Bewertung von Leistungen oder auch Risiken in persönlicher Einschätzung.[158] Der Vollzugsautomatisierung

---

[154] Dazu *Nico Härting* Datenschutz-Grundverordnung, 2016, Rn. 597 (Gebot „menschlicher Intervention"); *Kai von Lewinski* in: Stefan Brink/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.) BeckOK Datenschutzrecht, 25. Ed. (Stand: 1.8.2018), Art. 22 DS-GVO Rn. 51; zu dem im Ergebnis engen Anwendungsbereich der Vorschrift *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1020; vgl. auch § 37 BDSG.

[155] In eine falsche Richtung weist deshalb *Zeidler* Über die Technisierung der Verwaltung (Fn. 4), 23 (Die Technisierung der Verwaltung habe „ihren Preis". „Der Streit zwischen Fernsprechteilnehmer und Postverwaltung über die Höhe der" automatisch festgesetzten „Gebühr wird primär kein Rechtsstreit sein, das heißt kein Streit über die richtige Anwendung der Normen, sondern ein Streit über das Funktionieren der Apparate").

[156] Das Widerspruchsverfahren könnte im Rahmen der zunehmenden Vollzugsautomatisierung erheblich an Bedeutung gewinnen; der teilweise zu beobachtende Rückbau des außergerichtlichen Rechtsschutzes ist vor diesem Hintergrund kritisch zu sehen; so auch *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 2), 808; zu den faktischen Schwierigkeiten der Loslösung von der automatisierten Vorentscheidung *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 36; mit zutreffendem Hinweis darauf, dass das Rechtsschutzverfahren immer nur Abhilfe im Einzelfall schaffen kann, *Maier* Verfassungsrechtliche Aspekte der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens (Fn. 140), 618 f.; zu den Möglichkeiten „digitalisierter Abläufe" im Widerspruchsverfahren *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? (Fn. 74), 1131 ff., dort auch zur Reichweite von Art. 22 DSGVO.

[157] *Horst Dreier* Zur „Eigenständigkeit" der Verwaltung, Die Verwaltung Bd. 25 (1992), 137 (149).

[158] S. dazu den Vorbehalt in § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG.

sind in diesem Bereich enge Grenzen gesetzt.[159] Denn der Algorithmus legt das Gesetz nicht aus; er berechnet ein Ergebnis.[160]

4. *Der Richter als Letztinterpret des Gesetzes*

Schließlich gründet auch der gerichtliche Rechtsschutz auf dem allgemeinen Gesetz. Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut. Der Richter ist zur eigenen, nachvollziehenden Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung beauftragt, Letztinterpret des Gesetzes.[161] Diese Aufgabe kann der Richter nur dann wahrnehmen, wenn sein Entscheidungsmaßstab das in Sprache gefasste, eine Auslegung ermöglichende Gesetz bleibt.[162] Der Algorithmus kann nicht ausgelegt, sondern nur auf technische Fehler überprüft werden. Würde er Maßstab der Rechtsprechung, könnte die Judikative ihre Funktion nicht erfüllen.[163] Genauso wie der Verwaltungsakt ist der Vollzugsalgorithmus somit Gegenstand der Rechtsprechung.[164]

5. *Verfassungskonforme Gestaltung durch allgemeines Gesetz*

a) *Sachbereichsabhängige Öffnung für die Vollzugsautomatisierung*

Das Demokratieprinzip, die formale und die materielle Rechtsstaatlichkeit verlangen somit eine jeweils sachbereichsgerechte Ausgestaltung, die vom allgemeinen Gesetz ausgeht. Je nach Legitimationsbedarf und Grundrechtssensibilität, je nach Wertungserfordernissen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite kann sich das allgemeine Gesetz für eine effizienzförderliche Vollzugsautomatisierung öffnen oder sich einer solchen Automa-

---

[159] S. zu der begrenzten Einsetzbarkeit von Algorithmen bei Tatbestandsunbestimmtheit und Ermessen auf Rechtsfolgenseite bereits oben II. 2. b).

[160] Nachdrücklich dazu *Kotsoglou* Subsumtionsautomat 2.0. Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung (Fn. 106), 452 ff.; vgl. zur besonderen Fähigkeit des Menschen, Analogien (im nicht rechtstechnischen Sinne) zu bilden, *Douglas Hofstadter/Emmanuel Sander* Die Analogie. Das Herz des Denkens, 2014.

[161] *Christian Hillgruber*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: April 2018, Art. 92 Rn. 64 ff.

[162] Dazu im Zusammenhang mit der Automatisierung bereits *Simitis* Automation in der Rechtsordnung (Fn. 7), 22 f.; auch *Waldhoff* Herausforderungen des Verfassungsstaates durch die Digitalisierung (Fn. 45).

[163] Deutlich bereits *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 236 ff.

[164] Noch weiter greift die Frage nach der Automatisierung der (Verwaltungs-)Gerichtsbarkeit selbst; dazu *Adrian* Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion (Fn. 106), 77 ff.; *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? (Fn. 74), 1135 ff. m. w. N.; s. zudem oben Fn. 1 zum Thema E-Justiz.

tisierung verschließen.[165] Das zahlennahe und von gebundenen Entscheidungen geprägte, schon deshalb algorithmenoffene Steuerrecht[166] wird in diesem Zusammenhang anders zu beurteilen sein als das menschennahe, stark ermessensgeprägte und grundrechtserhebliche Polizeirecht.[167] Innerhalb eines Rechtsgebiets kann zudem zwischen der Massenverwaltung der Regelfälle und der Bearbeitung von Sonderfällen zu unterscheiden sein. Auch mag die Automatisierung auf einzelne Verfahrensschritte beschränkt bleiben[168] und nach befehlenden, gestaltenden und feststellenden, belastenden und begünstigenden Entscheidungen[169] ausdifferenziert werden.

Angesichts der Tragweite einer Vollautomatisierung gilt jedenfalls für sie – wie in § 35a VwVfG aufgenommen – der Vorbehalt einer gesetzlichen, richtigerweise parlamentsgesetzlichen Ermächtigung der Exekutive.[170]

---

[165] Differenzierend bereits *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 130 f.; auch *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht? (Fn. 64), 964 f.; *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 417; s. zu den rechtstechnischen Möglichkeiten des Erlasses „automationsgerechter oder -feindlicher Rechtssätze" bereits *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 158.

[166] *Kirchhof* Einzelfallgerechtigkeit und Maßstabbildung im digitalisierten Massenfallrecht (Fn. 100), 362.

[167] Mit einer diesbezüglichen Ausdifferenzierung bereits *Simitis* Automation in der Rechtsordnung (Fn. 7), 13 f. (unterschiedliche Grade „technisch-administrativer Funktionen").

[168] Zur „Funktions- und Arbeitsteilung zwischen juristischen und automatisierten Entscheidungsbeiträgen" bereits *Luhmann* Recht und Automation (Fn. 2), 49 ff.; auch *Carl-Eugen Eberle* Die öffentliche Verwaltung vor den Herausforderungen der Informationsgesellschaft, Die Verwaltung Bd. 20 (1987), 459 (463 f.); aus jüngerer Zeit *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? (Fn. 74), 1137 („Entscheidungsunterstützung durch informationstechnische Systeme").

[169] Zu diesen Differenzierungen *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 9 Rn. 44 ff.

[170] S. zum fachrechtlichen Regelungsvorbehalt in § 35a VwVfG bereits oben II. 2. b); für eine fachrechtliche Ermächtigung auch durch Rechtsverordnung *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1276; für eine Ermächtigung auch durch Satzung *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 70), § 35a Rn. 12; entsprechend *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 411 f.; *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? (Fn. 74), 1130; im Zusammenhang mit der Automatisierung des Besteuerungsverfahrens erscheint insoweit problematisch, dass die einzelnen, im Ergebnis entscheidenden Parameter der Risikomanagementsysteme auf Grundlage der recht allgemeinen Wegweisung des § 88 Abs. 5 S. 3 AO von der Ministerialverwaltung ausgewählt werden (§ 88 Abs. 5 S. 5 AO); kritisch dazu *Baldauf* Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens (Fn. 64), 836 f.

b) *Ausgestaltung korrespondierenden Verfahrensrechts – Zur Option der Herbeiführung menschlicher Befassung*

Je nach Weichenstellung ist das Fachrecht durch korrespondierendes Verfahrensrecht zu begleiten.[171] Rechtssichernd kann dabei gerade auch die dem Bürger eingeräumte Option wirken, die Befassung durch einen Amtsträger herbeizuführen, wie es § 155 Abs. 4 S. 3 AO vorsieht. Aus verfassungsrechtlicher Sicht erweitert eine solche Option, die das demokratische und rechtsstaatliche Potential, auch Amtsethos und Gewissen des Verwaltungsbeamten für den Bürger verfügbar macht,[172] die Möglichkeiten der grundsätzlichen Vollautomatisierung.

Die Option des Zugangs zu einem Amtsträger wird sich nicht zuletzt in den Fällen aufdrängen, in denen die Vollzugsautomatisierung mit einer ausgeprägten Verlagerung der Subsumtionslast auf den Bürger einhergeht,[173] wie gerade im Steuerrecht. Das Ausfüllen des elektronischen Steuererklärungsformulars setzt eine rechtliche Würdigung durch den Steuerpflichtigen voraus, die entweder endgültig wird oder aber zum Vorwurf strafbaren Verhaltens führen kann. Unabhängig von der Frage, wo die verfassungsrechtlichen Grenzen dieser Form der Staatsentlastung durch Indienstnahme[174] genau liegen, ist offensichtlich, dass sie – erstens – ein klares und für den Bürger verständliches Gesetzesrecht voraussetzt und – zweitens – durch die Option des Zugangs zur Behörde abgemildert wird.

---

[171] Zum Erfordernis einer entsprechenden Einbettung auch *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt (Fn. 61), 416.

[172] Zur Institution des Amtes *Josef Isensee* Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 24 („Dem Ethos der res publica korrespondiert die Institution des Amtes."); zum Amtsauftrag *Herbert Krüger* Allgemeine Staatslehre (Fn. 93), 259 f.; zur Bedeutung des Amtsprinzips im Rahmen der Digitalisierung der Verwaltung *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 2), 806 f.

[173] Zu dieser Konsequenz der Automatisierung bereits *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 49 f. („Verlagerung von Verwaltungsaufwand auf den Bürger"); im Zusammenhang mit der Modernisierung des Besteuerungsverfahrens *Kirchhof* Rechtsetzung und Rechtsanwendung im steuerlichen Massenfallrecht (Fn. 137), 62 f. („Entlastung der Finanzverwaltung, nicht der Steuerpflichtigen") und 66 f. („Rechnergeleitete Selbstveranlagung, kein ‚automatischer Vollzug'").

[174] Ausführlich zu der Indienstnahme des Steuerpflichtigen durch Verlagerung der Subsumtionslast im Rahmen des elektronischen Steuervollzugs *Christian Seiler* Indienstnahme Privater im Besteuerungsverfahren, in: Klaus-Dieter Drüen/Johanna Hey/Rudolf Mellinghoff (Hrsg.) FS BFH, 2018, Bd. II, 1761 (1775 ff.).

6. *Zurechnung algorithmenbasierter Macht im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft*

Schließlich bleibt zu würdigen, dass das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip nur dann wirksam werden können, wenn ausgeübte Macht im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft zurechenbar ist. Rückt die Wirtschaft im Zuge der Digitalisierung an den Staat heran und prägt sie den Vollzug faktisch mit, unterscheidet sich diese Situation der Nähe von der Situation des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts[175] grundlegend, weil die mitwirkende Wirtschaft Fremdbestimmung beansprucht. Im Streben nach Gewinn droht sie den Maßstab für Rechte und Pflichten anderer zu setzen. Deshalb sind die Einfluss- und Verantwortungssphären hier besonders klar abzugrenzen. Die Zurechnung zum Staat könnte dabei aus verfassungsrechtlichen Gründen auszudehnen sein, wenn eine vom Bürger im Verwaltungsverfahren einsetzbare Software staatlich zertifiziert ist.[176] Dass der Staat den eigenen Einsatz privat entwickelter Algorithmen und die Verwendung privat erhobener Daten vollumfänglich zu verantworten hat, steht ohnehin außer Zweifel. Profitieren Private von Daten, die im Rahmen des Verwaltungsvollzugs erhoben werden, sind sie durch die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Privatrecht gebunden, deren Reichweite im Angesicht der stetigen Ausdehnung privater algorithmenbasierter Macht immer wieder neu zu vermessen ist.[177] Auch die gegenwartsgerechte Nachzeichnung der Grenze zwischen Staat und Gesellschaft ist damit mehr denn je Voraussetzung wirksamer Freiheitssicherung.

---

[175] Zu möglichen Pflichten des Beteiligten im Verwaltungsverfahren *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 169), § 19 Rn. 39.

[176] S. zur Zertifizierung beispielsweise § 146a AO bezüglich elektronischer Aufzeichnungssysteme für aufzeichnungspflichtige Geschäftsvorfälle oder andere Vorgänge; nach § 146a Abs. 1 S. 2 AO sind das elektronische Aufzeichnungssystem und die digitalen Aufzeichnungen „durch eine zertifizierte technische Sicherheitseinrichtung zu schützen"; zum Zertifizierungsverfahren *Rätke* in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar (Fn. 117), § 146a Rn. 9 ff.

[177] *Udo Di Fabio* Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016; *Hans-Jürgen Papier* Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, 3025 (3029 f.); *Wolfgang Hoffmann-Riem* Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data, in: ders. (Hrsg.) Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, 11 (27 ff.); besondere Herausforderungen ergeben sich dabei freilich aus dem oftmals grenzüberschreitenden Wirkungskreis der privaten Unternehmen.

V. Menschliches Recht

Paradigmen zu erkennen und in ihrer Entwicklung zu beurteilen, setzt eine Perspektive voraus.[178] Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive – und damit sind die Untersuchungsergebnisse zusammenzufassen – begründen die elektronische Erleichterung der Kommunikation und des Verwaltungszugangs wie auch der virtuelle Behördengang im konkreten Verwaltungsverfahren Regelungsanforderungen, auf die sich das Verwaltungsrecht aber weitgehend eingestellt hat. Demgegenüber stellt die zunehmende Automatisierung des Vollzugs durch den Einsatz rechenstarker Computer, leistungsfähiger Algorithmen und auch des Internets der Dinge qualitativ neuartige, herausfordernde Anfragen an das Verfassungsrecht, den Verwaltungsauftrag, die Vollzugsmaßstäbe und den Rechtsschutz.

Das Verwaltungsrecht unternimmt erste Schritte, um die Vollzugsautomatisierung zu fundieren und einzuhegen. Doch erfordert die Problematik einen weitergreifenden Blick. Der automatische Verwaltungsvollzug, dessen Ausdehnung naheliegt, kann die Objektivität und Effizienz der Verwaltung auf eindrucksvolle Weise steigern, zudem auf eine Vereinfachung und Konsolidierung des Gesetzesrechts hinwirken und privatwirtschaftlich entwickelte Technik für das Gemeinwohl nutzbar machen. Der Preis könnte im Entstehen einer neuartigen Form technisch fundierter, quasigesetzlich typisierender oder auch individualisierender Normativität liegen, die Legislative und Exekutive verschwimmen lässt und der Rechtsprechung den Maßstab nimmt. Staat und Privatwirtschaft drohen dabei nah zusammenzurücken.

Die großen Chancen, die sich für die Staatsverwaltung aus der Digitalisierung ergeben, werden sich in freiheits- und gleichheitsgerechter Weise nutzen lassen, wenn das allgemeine Parlamentsgesetz als demokratische und rechtsstaatliche Grundlage des Verwaltungsvollzugs gepflegt und fortgebildet wird. Das Gesetz wird je nach Sachbereich für freiheitssichernde Distanz sorgen und die menschliche Einzelfallbetrachtung verlangen oder aber eine effiziente, ihrerseits dem Recht dienliche Voll- oder Teilautomatisierung des Vollzugs vorsehen und diese verfahrensrechtlich flankieren. Je weniger demokratische und rechtsstaatliche Verantwortung die Exekutive

[178] Der auf *Thomas S. Kuhn* The Structure of Scientific Revolutions, 1962 (deutsch: Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1967) zurückgehende Begriff des Paradigmenwechsels bezeichnet einen grundstürzenden Wechsel der Betrachtungsweise in einem Wissenschaftszweig; in der normativ geprägten Rechtswissenschaft ist das Referenzsystem das Recht, so dass sich paradigmatisch bedeutsame Entwicklungen hier vor allem aus qualitativ neuartigen Anfragen an das Recht ergeben; s. dazu im vorliegenden Zusammenhang des E-Government auch *Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1255.

bei einer Vollzugsautomatisierung übernehmen kann, desto stärker muss das Gesetz selbst Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gewährleisten. Der Algorithmus ist für eine Verrechtlichung nicht geeignet.

Ihre gemeinsame Wurzel finden die politische und die private Freiheit in der Menschenwürde, die letztlich auf die Frage verweist, welcher Art der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, welchem Gesetzgeber, Gesetzesvollzieher und Richter wir uns als Menschen unterstellen wollen.[179] In der Abstimmung zwischen den Zielgrößen technikgenerierter Effizienz einerseits und selbstgewählten Räumen der Menschlichkeit[180] andererseits gilt es deshalb, einen legislativen, exekutiven und judikativen Vorbehalt[181] des vertrauten Menschen[182] zu definieren. So muss Technik nicht unmenschlich sein. Das Recht kann sie in den Dienst[183] des Menschen stellen.

---

[179] So mit Blick auf die Verwaltungsautomation bereits *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 4), 92 ff.

[180] S. zu den Entscheidungsfaktoren, zu denen Algorithmen jedenfalls bislang nicht befähigt sind (implizites Wissen, Intuition, Judiz, Empathie), *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 30.

[181] Allgemein zur Verwirklichung des Rechts durch begründetes menschliches Entscheiden *Christoph Gusy* Staatsrechtlicher Positivismus, JZ 1989, 505 ff.

[182] Zum zunehmenden Verschwinden „vertrauter Menschen" in der Verwaltung *Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1259; s. auch *Hähnchen/Bommel* Digitalisierung und Rechtsanwendung (Fn. 1), 340 (Frage nach der „Akzeptanz von Softwarelösungen als Substitut des ‚Vertrauensanwalts' oder des menschlichen Richters").

[183] *Kersten* Menschen und Maschinen (Fn. 122), 4 („Diese Maschinen-Kompetenz bedeutet in der letzten Konsequenz, dass Menschen – als Ausdruck individueller Selbstbestimmung – auf dem instrumentellen Charakter von Maschinen bestehen und zur individuellen Selbstbehauptung psychischer Integrität Maschinen eben auch wie Dinge behandeln."); zur Selbstbehauptung des – menschlich gesetzten – Rechts in der digitalisierten Welt auch *Hans Peter Bull* Der „digitale Staat" und seine rechtliche Ordnung, ZRP 2015, 98 (100 f.); *Boehme-Neßler* Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts (Fn. 103), 3035 ff.

Leitsätze des 2. Referenten über:

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

I. Langjährige Entwicklung und neuartige Rechtsfragen

(1) Der Verwaltungseinsatz der elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik reicht Jahrzehnte zurück. Jüngere und jüngste Ausformungen des E-Government, vor allem der automatisierte Verwaltungsvollzug, stellen jedoch neuartige Anfragen an das Recht.

II. Jüngere und jüngste Entwicklungsschwerpunkte und ihre rechtliche Einordnung

1. Kommunikation und Zugang

(2) Mit dem Ausbau der elektronischen Kommunikation und des elektronischen Bürgerzugangs zur Verwaltung werden Gestaltungsideale der Effizienz und Kundenorientierung verfolgt. Im Staat-Bürger-Verhältnis ergeben sich daraus keine wesentlichen Rechtsprobleme.

(3) Die bundesstaatliche E-Government-Vernetzung mag eine weitere Zentralisierung von Kompetenzen erfordern. Zugleich kann der Prozess eine kritische Reflexion über die Aufgabenverteilung im Bundesstaat veranlassen, zudem zu einem Labor für die Entwicklung innovativer Entscheidungsverfahren werden, insbesondere nach dem Mehrheitsprinzip.

2. Elektronischer Verwaltungsvollzug

(4) Der virtuelle Behördengang wirft rechtsstaatliche Fragen der Verfahrens- und Organisationsgestaltung auf. So bedarf es einer angemessenen Sicherungsinfrastruktur, einer gegenwartsgerecht neuen Umsetzung der Idee der verstetigenden Schriftlichkeit, der Sicherung von Verfahrensrechten, der Gewährleistung von Behördenzuständigkeiten und einer Abstimmung des sich herausbildenden Informationsverbundes auf das

datenschutzrechtliche Zweckbindungsprinzip. Das Verwaltungsrecht stellt sich auf diese Anforderungen ein.

(5) Qualitativ neuartig wirkt die zunehmende materielle Vollzugsautomatisierung. Wenngleich die (Teil-)Automation des Verwaltungsverfahrens kein neues Phänomen ist, wurde der vollautomatisierte Erlass von Verwaltungsakten 2016 erstmals gesetzlich geregelt.

(6) Ein Verwaltungsakt setzt keine menschliche Willenserklärung voraus, sondern allein die Rückführbarkeit konkret-individuellen Bewirkens auf den Staat. § 35a VwVfG bestätigt diese Zurechenbarkeit für den Fall der Vollautomation und regelt einen diesbezüglichen Gesetzesvorbehalt.

(7) Mit dem Ausschluss der Vollautomation bei gesetzlich eröffneten Beurteilungs- und Ermessensräumen zieht § 35a VwVfG eine den Untersuchungsgrundsatz abstützende Grenze. Die Sachgerechtigkeit dieser Grenze erscheint aber fraglich. Die eigentlichen Herausforderungen der Vollzugsautomation liegen auf einer grundsätzlicheren Ebene.

III. Weitergreifender Blick auf die digitalisierte Staatsgewalt

1. Naheliegende Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Verwaltung

(8) Eine weitere Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Verwaltung liegt nahe. Faktoren sind die zunehmend medienbruchfreie Vernetzung von Staat und Bürger, der Ausbau des Internets der Dinge, die Weiterentwicklung von Big Data-Anwendungen und maschinellem Lernen sowie die Hoffnung auf Effizienz, vor allem Mitteleinsparungen.

(9) Mögliche weitere Anwendungsfelder eines noch stärker automatisierten Verwaltungsvollzugs sind – über die Steuer- und Sozialverwaltung hinaus – die Steuerung der Verkehrs- und Energienetze, die Wirtschaftsaufsicht, der Vollzug umweltrechtlicher Vorschriften, die kommunale Bürgerverwaltung und die Gefahrenabwehr durch algorithmenbasierte Straftatenprognose. Anwendungen sind auch im Binnenbereich des Staates vorstellbar.

2. Chancen und Risiken der Verwaltungsautomatisierung

(10) Die Automatisierung kann in erheblicher Weise der Effizienz, Objektivität und Gleichheitsgerechtigkeit des Gesetzesvollzugs dienen. Zugleich ist zu gewärtigen, dass sich der Algorithmus auf Standardisierung und Erfahrung, nicht auf Vorausdenken stützt. Es droht eine maschinenhaft-lückenlose Anwendung des Gesetzes ohne Gespür für den Einzelfall,

ohne Toleranz und menschliches Maß. Dies kann Freiheitsräume einschnüren und sich abträglich auf die Akzeptanz des Rechts auswirken.

(11) Die Vollzugsautomatisierung strahlt auch auf das Recht selbst aus. Einerseits kann das Erfordernis der Gesetzesübersetzung in einen Algorithmus die Gesetzesinhalte neu bewusst machen und auf die Klarheit, Einfachheit und Konsistenz des Rechts hinwirken. Andererseits können die Funktionsbedingungen der Computertechnik, die Interpretationsmacht des Programmierers und die regelbildende Kraft des Algorithmus eine neue Form der Normativität in der Sphäre des Gesetzesvollzugs erzeugen, die die Legislativ- und die Exekutivfunktion verschwimmen lässt und der Judikative den sicheren Prüfungsmaßstab nimmt.

(12) Wenn der Staat den Gesetzesvollzug automatisiert, macht er sich bemerkenswerte Innovationen der Privatwirtschaft zunutze. Doch drohen auch Abhängigkeiten und Kontrollverluste. Rücken IT-Unternehmen nahe an den Staat heran und prägen sie den Vollzug mit, wirft dies Fragen nach Zurechnung und Verantwortung auf.

IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe digitalisierter Staatsgewalt

1. Leitende These: Wahrung und Förderung politischer und privater Freiheit durch Pflege und Fortbildung des allgemeinen Gesetzes

(13) Die Wahrung der politischen und der privaten Freiheit wird unter den Bedingungen einer digitalisierten, insbesondere automatisierten Staatsgewalt gelingen und die Digitalisierung wird diesen Freiheiten sogar dienen, wenn das allgemeine Parlamentsgesetz als Auftrag und Maßstab der Verwaltung gepflegt und fortgebildet wird. Die demokratischen und rechtsstaatlichen Eigenleistungen der Legislative, Exekutive und Judikative bleiben hierdurch gesichert.

2. Das allgemeine Parlamentsgesetz als demokratische und rechtsstaatliche Grundlage des Verwaltungsvollzugs

(14) Das Gesetz ist tragendes Fundament der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation der Exekutive. Ist der Gesetzesinhalt klar und deutlich, kann er auch eine Automatisierung des Vollzugs wirksam anleiten. Aus demokratischen Gründen ist es unerlässlich, das Gesetz in menschliche Sprache zu fassen. Der Vorschlag, das Parlament solle Vollzugsalgorithmen beschließen, ist abzulehnen.

(15) Nur das in Sprache gefasste, klare und deutliche Gesetz ist für den Bürger verständlich und in seinen Wirkungen vorhersehbar.

(16) Das abstrakt-generelle, typisierende Parlamentsgesetz hält Freiheitsräume normativ offen, auch zukunftsoffen, und sichert rechtliche Gleichheit. Ungeachtet technischer Erkenntnismöglichkeiten kann es deshalb geboten sein, bestimmte Erkenntnisse als tatbestandlich unerheblich zu qualifizieren. Oftmals sind Unbestimmtheiten auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite auszugestalten, die es der Exekutive überantworten, Freiheit und Gleichheit im Einzelfall zu sichern. Selbst punktuelle, vereinzelte Vollzugsdefizite, die sich aus der Fassung des Gesetzes ergeben, können Freiheit schonen und die Staatsmacht menschlich erscheinen lassen. Der Gedanke einer durch die Technik ermöglichten „Granularisierung" des Rechts ist deshalb ein Missverständnis, soweit mit dem Recht die Rechtsnorm gemeint ist.

3. Einzelfallgerechter Gesetzesvollzug

(17) Die Automatisierung ist eine Vollzugsoption. Wird sie gewählt, kann die Verwaltung die Gesetzesbindung in erster Linie dadurch sichern, dass sie Controllingstrukturen entwickelt, die die Programmierung und Implementierung des Vollzugsalgorithmus begleiten. Hinzu tritt eine korrespondierende Vollzugsüberwachung.

(18) Räumt das Gesetz dem maschinell gefundenen Ergebnis Vorrang vor dem materiell richtigen Ergebnis ein, wird der Gedanke des Gesetzesvorrangs verfehlt. Die Form der Rechtsverordnung verbietet sich für Programmablaufpläne und den Maschinencode.

(19) Dass der Verwaltungsbeamte die Übereinstimmung des automatisierten Vollzugs mit dem Gesetz in jedem Einzelfall nachprüfen kann, ist eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit. Die Wirtschaftlichkeit des Vollzugs darf nur im Rahmen der Gesetzmäßigkeit, nicht aber gegen die Gesetzmäßigkeit verwirklicht werden.

(20) Der Vorschlag, Rechtsstaatlichkeit durch Algorithmentransparenz befördern zu wollen, führt nicht weiter; zum einen wegen der Komplexität der Systeme, zum anderen, weil der Algorithmus nur die Umstände der innerbehördlichen Entscheidungsfindung betrifft.

(21) Auch unter den Bedingungen der Automatisierung ist das materielle Gesetz Fundament der Entscheidungsbegründung. Je dunkler das Verwaltungsverfahren bleibt, desto stärker muss sich die Entscheidung aus dem Gesetz ableiten lassen. Allenfalls aus gleichheitsrechtlichen Gründen kann es geboten sein, bestimmte Kriterien von Vollzugsalgorithmen aufzudecken, wenn Einzelne aufgrund privater Datenmacht auf diese rückzuschließen imstande sind, andere dagegen nicht.

(22) Auch der außergerichtliche Rechtsschutz gegenüber automatisch getroffenen Entscheidungen kann allein dann gelingen, wenn das Gesetz

als Maßstab aktuell verbindlich bleibt und der Algorithmus auf die Intervention hin angepasst werden kann (vgl. Art. 22 DSGVO).

(23) Eröffnet das Gesetz Räume auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite, überbringt es einen Auftrag zur situationsgerechten Auslegung und Anwendung. Diesen Auftrag kann die Verwaltung mittels Vollzugsautomatisierung nur in engen Grenzen erfüllen.

4. Der Richter als Letztinterpret des Gesetzes

(24) Der Richter ist zur eigenen, nachvollziehenden Rechtsanwendung und auch Rechtsfortbildung berufen. Diese Aufgabe kann er nur dann wahrnehmen, wenn sein Entscheidungsmaßstab das in Sprache gefasste, eine Auslegung ermöglichende Gesetz bleibt. Genauso wie der Verwaltungsakt ist der Algorithmus Gegenstand der Rechtsprechung.

5. Verfassungskonforme Gestaltung durch allgemeines Gesetz

(25) Je nach Legitimationsbedarf und Grundrechtssensibilität, je nach Wertungserfordernissen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite kann sich das allgemeine Gesetz für eine Vollzugsautomatisierung öffnen oder sich einer solchen Automatisierung verschließen. Innerhalb eines Rechtsgebiets kann zwischen Regelfällen und Sonderfällen zu unterscheiden sein. Auch mag die Automatisierung auf einzelne Verfahrensschritte oder Entscheidungsarten beschränkt bleiben. Jedenfalls die Vollautomatisierung bedarf einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung.

(26) Die verfahrensrechtliche Option, die Befassung durch einen Amtsträger herbeizuführen, erweitert die Möglichkeiten der grundsätzlichen Vollautomatisierung. Diese Option drängt sich nicht zuletzt in den Fällen auf, in denen die Vollzugsautomatisierung mit einer Verlagerung der Subsumtionslast auf den Bürger einhergeht.

6. Zurechnung algorithmenbasierter Macht im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft

(27) Das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip setzen die Zurechenbarkeit von Macht voraus. Rückt die Wirtschaft im Zuge der Digitalisierung an den Staat heran, beansprucht sie Fremdbestimmung. Die Einfluss- und Verantwortungssphären sind hier klar abzugrenzen. Die Zurechnung zum Staat könnte dabei auszudehnen sein, wenn eine vom Bürger im Verwaltungsverfahren einsetzbare Software staatlich zertifiziert ist. Den eigenen Einsatz privat entwickelter Algorithmen hat der Staat vollumfänglich zu

verantworten. Private Datenmacht ist durch die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Privatrecht gebunden.

V. Menschliches Recht

(28) Ihre gemeinsame Wurzel finden die politische und die private Freiheit in der Menschenwürde, die auf die Frage verweist, welcher Art der Rechtsetzung und Rechtsanwendung wir uns als Menschen unterstellen wollen. In der Abstimmung zwischen den Zielgrößen technikgenerierter Effizienz und selbstgewählten Räumen der Menschlichkeit gilt es, einen legislativen, exekutiven und judikativen Vorbehalt des Menschen zu bestimmen. So muss Technik nicht unmenschlich sein. Das Recht kann sie in den Dienst des Menschen stellen.

3. Aussprache und Schlussworte

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

Christian Waldhoff: Eine Strukturierung der Diskussionsbeiträge ist nicht ganz einfach. Ich werde versuchen, vom eher Grundsätzlichen zu den speziellen Fragen vorzugehen. Ich werde immer drei Diskutanten vorab informieren. Wir kommen zunächst zu den grundsätzlichen Fragen.

Pascale Cancik: Ich bin ein bisschen überwältigt, dass ich bei Grundlagenfragen eingeordnet wurde. Ich gebe mein Bestes, aber ich bin nicht sicher, ob es wirklich eine Grundlagenfrage wird. Ich wollte gerne drei Anmerkungen und Fragen formulieren, auf zwei sehr unterschiedliche und sehr inspirierende Referate. Inspirierend wegen der Themenstellung, die uns doch eine Menge Fragen stellt, die wir eben noch nicht beantworten können, sondern bei denen wir Zeitzeugen eines Lernprozesses sind. Mein erster Punkt ist der Verlust an Verwaltungsineffizienz als Problem. Bei *Hanno Kube* ist das angedeutet mit dem Aspekt „Menschlichkeit“. Aus verwaltungswissenschaftlich-soziologischer Sicht wird man sagen können: Das ist eben auch eine Frage gelingender Verwaltung. Wieviel Verwaltungsineffizienz braucht man eigentlich, damit Verwaltung gelingt? Ich kann das natürlich nicht beantworten, aber ich finde es interessant, dass diese Frage erneut auftaucht. Mein zweiter Punkt ist die Ablehnung der Algorithmisierung als Aufgabe des Gesetzgebers. *Hanno Kube* hat das sehr deutlich vertreten. Das ist mir zunächst auch sehr sympathisch, es wirft aber Folgefragen auf. Die erste Frage ist, ob gleichsam der Verwaltung die „Verdunklungsfunktion“ zugewiesen wird und ob das eigentlich für die Realität ein gutes Modell ist. Es basiert ja auf der Annahme, dass das Verständnis von Recht durch das Gesetz transportiert wird und dementsprechend ist dann auch die Forderung nach dem klaren und verständlichen Gesetz zentral. Die Frage ist nur: Ist das in der Realität eigentlich so? Oder ist es nicht doch oft so, dass die Verwaltung eigentlich der „Verständlichmacher“ des Rechts ist. Und wenn das so ist, was bedeutet es eigentlich, wenn sie jetzt doch im gewissen Sinne in eine Position geschoben würde, in der sie die Algorithmisierung verantwortet und nicht das Verständlichmachen? Die zweite Fol-

gefrage ist: Was bedeutet es eigentlich für das Know-how im Parlament, wenn das Parlament mit Algorithmisierung gar nichts zu tun hat? Mein dritter Punkt: Wie wird über Kommunikationsverschiebung nachgedacht? Wir haben Erfahrungen gesammelt im Zusammenhang mit dem Rückbau des Widerspruchsverfahrens. Da ist ja eine Kommunikationsgelegenheit sehr stark zurückgebaut worden. Die unmittelbare Folge war, dass sich die Kommunikationen verschoben haben in informale Kommunikationsbeziehungen. Das geschah nicht nur auf Wunsch von Bürger*innen, sondern gerade auch auf Wunsch der Verwaltung. Vielleicht erinnern Sie sich, dass irgendwann einmal durch die Zeitung ging, dass die Finanzverwaltung in Hannover dringend alle von einem Steuerbescheid Betroffenen um Rückruf gebeten hat, damit sie Fehlerkorrekturen vornehmen konnte. Das heißt, die Funktion des Widerspruchsverfahrens, eine Lernmöglichkeit und Fehlerkorrekturmöglichkeit für die Verwaltung zu sein, wurde plötzlich ganz deutlich. Meine Frage ist jetzt: Wenn wir eine zunehmend starke Controllingaufgabe der menschengestützten Verwaltung haben, werden wir eigentlich ein Revival des Widerspruchsverfahrens erleben? Vielen Dank.

Matthias Mahlmann: Hier bin ich. Es lohnt sich nicht, mich anzuschauen, aber hier bin ich. Sie können jetzt auch gleich wieder wegschauen, nachdem Sie das bestätigt gesehen haben. Wieso lachen Sie? Meine Frage richtet sich auf einen roten Faden, der, glaube ich, beide Referate verbindet, nämlich die Frage der normativen Einhegung dieser Versprechen und die auch tatsächlich begrüßenswerten Versprechen von E-Government. Meine Frage lautet, ob ein Aspekt dieser normativen Einhegung sich vielleicht auf die Rolle von Juristinnen und Juristen bei der Rechtsanwendung richten könnte. Es ist eine alte Diskussion, ob Juristen und Juristinnen eigentlich Automaten sind und, aus meiner Sicht jedenfalls, ist es eine auch sprachtheoretisch abgesicherte Erkenntnis, dass die Rechtsanwendung ein sehr viel komplexerer Vorgang ist. Meine Frage lautet, ob vielleicht eine Dimension und auch eine Problemdimension dieser Diskussion eine aus sprachtheoretischer Naivität geborene rechtshermeneutische Naivität ist?

Paul Kirchhof: Heute Morgen bin ich hierhergekommen in der Hoffnung, ein Rechtskonzept zum Umgang mit der Digitalisierung zu erhalten. Diese Hoffnung ist voll erfüllt worden. Wir haben beiden Referenten für eine Konzeption der Begrifflichkeit, der realitätsgerechten Problemanalyse des Organisationsrechts und der Grundrechte zu danken. Deshalb können meine Bemerkungen diesen großen Wurf allenfalls bestätigen, in drei Problemsichten vielleicht ein wenig veranschaulichen.

Zunächst möchte ich auf die Problematik hinweisen, dass wir bei der Beobachtung der Wirklichkeit in unserem PC nur eine formatierte Tatsa-

chenansicht, eine formatierte Freiheit erleben. Wenn der Mensch in seinen Garten schaut, wendet er seinen Blick hin und her, wählt den Gegenstand seines Beobachtens und Interesses beliebig aus. Sieht er denselben Garten in seinem PC, begegnet er nur einem Teilausschnitt. Der Garten im Übrigen ist ausgeblendet. Außerdem führt das Format den Blick auf ausgewählte Beobachtungspunkte. Blickt der Mensch unbegrenzt in seinen Garten, sieht er Kamille im botanischen Beet als Heilkraut, im Rosenbeet als Unkraut. In formatierter Freiheit wird sein Augenmerk vielleicht auf das Unkraut gelenkt und das Heilkraut seinem Bild entzogen. Deshalb muss der Beamte sich bei seiner Tatsachenermittlung, der Bürger bei Wahrnehmung der Freiheit, stets bewusstmachen, dass die digital erschlossene Welt nur die Teilausschnitte ersichtlich macht, die der Organisator des Digitalsystems zeigen will.

Mein zweiter Hinweis betrifft die Tatsache, dass ein Algorithmus den Menschen nach seiner Modellkonformität – erfahrungsbestimmt, nicht prognostisch – beurteilt, ein atypisches, in diesem System nicht erwartetes Verhalten deshalb zu Diskriminierungen führen kann. Wir sehen dieses bei dem steuerrechtlichen Risikomanagement. Wer sich in seiner Einkommensteuer modellkonform darstellt, bestimmt mit seiner Steuererklärung fast wie bei der Selbstveranlagung seine Einkommensteuerschuld selbst. Weicht er aber in seiner Individualität von der Regelerwartung ab – er macht eine Erfindung, erschließt sich einen neuen Markt, organisiert sein Unternehmen eigenwillig – erscheint er im System der Algorithmen als verdächtig, wird zu einem rechtsstaatlichen Risiko. Es gilt nicht mehr die Freiheitsvermutung, dass der Mensch sich grundsätzlich gesetzeskonform verhält. Vielmehr stellt der Algorithmus Individualität und Originalität unter Generalverdacht mit Entlastungsmöglichkeit. Dieses ist im Steuerrecht besonders problematisch, weil dort die Übergänge von dem Verwaltungsverfahren der Steuerermittlung und dem Strafverfahren der Steuerfahndung fließend sind, Individualität und Originalität so in die Nähe der Strafbarkeit geraten. Selbstverständlich kann der Steuerpflichtige diese Fehlleistung der Digitalisierung widerlegen. Doch macht es einen großen Unterschied, ob das Besteuerungsverfahren ein mitwirkungsbedürftiges Verwalten oder eine maschinenbestimmte Lastenzuteilung ist. Wer bei Beginn der Fahrt neben dem Fahrzeugführer sitzt und mit diesem sprechen kann, leitet das Fahrzeug besser als derjenige, der außerhalb steht und von dort aus auf die Fahrt Einfluss nehmen will. Im Gerichtsverfahren muss das rechtliche Gehör die Individualität und Besonderheit des Einzelfalls gegenüber der verallgemeinernd typisierten Regel zur Wirkung bringen, also auch Wahrscheinlichkeit und Verdacht des Algorithmus widerlegen können.

Drittens müssen wir die in der Digitalisierung angelegte unauffällige Privatisierung kritisch beobachten. Im Steuerrecht bietet eine erwerbswirt-

schaftlich tätige Genossenschaft den Unternehmen, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern das Programm, das ein Steuergesetz monopolähnlich auslegt und zur Grundlage alltäglicher Besteuerungsverfahren wird. Wer den Steuerberater nach dem Inhalt eines neuen Gesetzes fragt, erhält oft die Antwort, der Berater werde diese Frage erst beantworten, wenn „das Programm" vorliege. In dieser Programmierung liegt eine große Chance der Vereinfachung und Systematisierung des Steuerrechts, aber auch die Gefahr, sich ein Stück weit von der Legalität zu verabschieden. Ein auf Gewinnmaximierung angelegtes Unternehmen wächst mit dem Beratungsbedarf. Die Vereinfachung und Strukturierung des Rechts ist deshalb in diesem System nicht angelegt. Zudem wird der in der Gesetzgebung geläufige Einfluss von Fachwissen und Interessentenwissen auch die privatwirtschaftliche Gesetzesinterpretation zu lenken versuchen. Schließlich wird die in den sozialen Medien geläufige anonyme Belastung anderer – des Konkurrenten, des Lehrers, des Richters – für unser freiheitliches System zu einer Bedrohung. Wenn Denunziationen und unbegründete Unrechtsvorwürfe in einer gesicherten Anonymität – diese ist Geschäftsmodell dieser Medien – möglich sind, wird die Unverantwortlichkeit zum Prinzip. Der Freie darf grundsätzlich sagen, was er will. Er steht aber mit seiner Person und seinem Namen für seine Aussage. Nunmehr spricht er aus dem Verborgenen und hat die Gewissheit, damit verborgen zu bleiben.

Jochen Frowein: Gestatten Sie jemandem, der von E-Government natürlich nichts versteht, auf eine interessante Beziehung, so scheint mir, zwischen den Referaten gestern und den Referaten heute hinzuweisen, nämlich den Referaten zur Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem. Da haben wir ja unterschiedliche Akzente gehört hinsichtlich der Wünschbarkeit von Divergenzen in der Anwendung von Rechtsnormen, die im Prinzip denselben Wortlaut haben. Dieses Problem stellt sich für heute und wir haben in dem Referat von Herrn *Kube* die ausdrückliche Bezeichnung, dass soweit Räume auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite bestehen, der Datenkonstruktion erhebliche Grenzen gesetzt sind. Ich glaube, wir werden im Laufe der Diskussion noch hören, dass durch die immer stärkere Ausgestaltung dieser Datenverarbeitungssysteme eben auch im großen Umfang das, was normalerweise der Mensch, der Verwaltungsbeamte, hier gemacht hat, tatsächlich auf solche Systeme übergehen kann. Ich finde, dass hier, und ich glaube, dass das in dem Referat von Herrn *Kube* zum Schluss ja sehr deutlich geworden ist, wirklich ein Vorbehalt formuliert werden sollte, weil die Vorstellung, dass diffizile und sensible Fragen der Unterschiedlichkeit von Tatbeständen durch nicht-menschliche Subsumption erreicht werden, das hat für mich etwas von 1984 oder Brave New World.

Jens-Peter Schneider: Nachdem Sie mich im Saal gefunden haben, dürfen Sie gerne wieder woanders hinschauen, aber wir können den menschlichen Faktor einbauen und deshalb auch von Angesicht zu Angesicht sprechen. Der menschliche Faktor ist für mich im Zusammenhang des Verwaltungshandelns allerdings ein ambivalentes Leitbild. Beide Referate empfand ich als wohltuend, da sie weder Horrorvisionen aufwarfen noch jenseits der Ironie Utopien propagierten. Vielmehr wurde die Ambivalenz deutlich, die mit dem aktuellen digitalen Wandel verbunden ist. Gleichwohl sollten wir überlegen, ob diese Ambivalenz vielleicht noch deutlicher gemacht werden sollte. Wir alle loben die Schriftlichkeit vieler Verwaltungsverfahren als ein wichtiges Instrument zur Sicherung von Transparenz und Vorhersehbarkeit. Ich habe nochmal nachgesehen: 10 % der Deutschen sind funktionale Analphabeten. Was bedeutet das eigentlich für ein Instrument, das wir rechtsstaatlich für derart bedeutsam halten? Und wirft das vielleicht auch die Frage auf, ob wir Entwicklungen, die wie die Digitalisierung neu auf uns einstürmen, nicht vorsichtiger bewerten müssen, um nicht ungleiche Maßstäbe im Vergleich zu den für uns vertrauten Prozessen anzuwenden?

Als Treiber für die digitale Entwicklung wurde in den Referaten nach meinem Eindruck zudem relativ stark die Kosteneinsparung gesehen. Vielleicht geht es aber um mehr. Ich denke, weitere Treiber werden in unserem Land relevant sein: Einer ist die demographische Entwicklung – viele öffentliche Dienstleistungen werden wir demnächst ohne Digitalisierung im ländlichen Raum schlicht und einfach nicht mehr erbringen können. Das fängt bei der medizinischen Versorgung an und setzt sich bei der Bildungsversorgung und bei vielen anderen Dingen fort. Ein anderer Faktor ist, dass wir es mit einem kulturellen Wandel in unserer Bevölkerung zu tun haben. Wir werden mehr und mehr Menschen haben, die sind es schlicht und einfach anders nicht mehr gewohnt, als digital zu kommunizieren, und auch deswegen wird sich die Verwaltung, will sie diesen auch menschlichen Faktor einbeziehen, der Digitalisierung öffnen müssen und dafür auch jenseits von Standortwettbewerb bereit sein.

Worauf ich auch kurz zu sprechen kommen möchte, sind Bezüge zu unseren gestrigen Diskussionen. Herr *Frowein* hatte das eben auch schon angesprochen, weswegen wir wahrscheinlich auch hintereinander platziert worden sind. Konkret interessiert mich die Wechselwirkung zu dem gestrigen Thema der Rechtsanwendungsgleichheit. Auch da ergeben sich vielleicht Potenziale, gleichzeitig natürlich auch Fragen, denn Digitalisierung mag dazu beitragen, dass in manchen Bereichen die Rechtsanwendungsgleichheit gestärkt wird und etwa diskriminierende menschliche Faktoren gemindert werden. Ferner haben wir gestern auch schon von Herrn *Augsberg* gehört, dass viele KI-Systeme in Zukunft vor allem hybride Systeme sein werden. Deswegen müssen wir aufpassen, dass wir die Debatte nicht

zu stark auf den vollautomatisierten Bereich verschieben. Viel relevanter dürfte die Hybridisierung sein, wie wir sie auch bei Predictive Policing und anderen Verfahren ganz häufig beobachten. In solchen Konstellationen müssen wir den menschlichen Faktor in Stand setzen, dass er digital aufbereitete Realitätsausschnitte nicht unhinterfragt als objektiv hinnimmt, sondern seine eigene professionelle Rationalität immer noch einmal dagegenstellt. Das führt dann zu weiteren Schlussfolgerungen: Wir brauchen für die digitale Verwaltung neue Formen der Vollzugskontrolle. Und dies hätte gestern ebenfalls noch ein Thema sein können: Inwiefern müssen wir neben der klassischen subjektiven Vollzugskontrolle, mit Widerspruchsverfahren und anderem, objektiv-rechtliche Verfahren, etwa der Fach- und Rechtsaufsicht, verstärken und besser auf die Digitalisierung einstellen? Dabei können unterschiedliche Maßstäbe gelten, etwa im Rahmen von Art. 3 GG als subjektivem Konzept einerseits und der objektiven Gewährleistung von Rechtseinheit nach kompetenzrechtlichen Vorschriften andererseits. Selbstverständlich muss man solche Konzepte einer objektiven Digitalaufsicht weiter ausbuchstabieren als es mir hier möglich ist. Vielen Dank!

Friedhelm Hase: Eine kurze Bemerkung zu dem Referat *Hanno Kubes*, der ja leider heute nicht da sein kann, und zwar zu den Thesen 13 bis 16! Dort spricht Herr *Kube* von der zentralen Bedeutung des allgemeinen Gesetzes, das klar und deutlich gefasst sein soll und den Verwaltungsvollzug anleitet, für den Bürger verständlich ist, Freiheit sichern soll. Dazu könnte man sehr grundsätzlich Stellung nehmen, ich möchte mich heute aber auf eine kurze, gleichsam empirisch orientierte Bemerkung beschränken. Man kann meines Erachtens gar nicht übersehen, dass die Realitäten dem Bild, das Herr *Kube* zeichnet, in sehr vielen Sachbereichen immer weniger entsprechen. Es ist ja nicht erst seit gestern so, dass Gesetze Generalklauseln und unbestimmte Begriffe enthalten, dass sie sich darauf beschränken, Zielvorgaben zu formulieren, die sehr allgemein gehalten, zum Teil auch direkt widersprüchlich angelegt sind. Wir werden heute Nachmittag noch über das Gesundheitsrecht diskutieren. Wenn Sie etwa das Krankenversicherungsrecht betrachten: Der Versicherte hat gegen die Krankenkasse einen Anspruch auf eine wirksame Therapie. Oder nehmen Sie das Recht der Organtransplantation. Wir haben ja das Problem der Knappheit der Spenderorgane, diese sollen nach den Kriterien der „Dringlichkeit“ und der „Erfolgsaussichten“ verteilt werden. Im Grunde ist schon aus der Anlage solcher Normen zu ersehen, dass man mit einem Subsumptionsdenken herkömmlicher Art hier nicht weit kommt.

Das zugrunde liegende Problem besteht für meine Begriffe darin, dass es in vielen Sachbereichen kein stabiles, in der Gesellschaft oder in besonderen gesellschaftlichen Sektoren anerkanntes Wissen mehr gibt, auf das

ein solches Subsumptionsdenken, das heißt die „Anwendung“ eines Textes, eines – präzise gefassten – Gesetzes, sich stützen könnte. Wissen wird, insoweit ist der Gesundheitssektor ein besonders gutes Beispiel, zunehmend instabil, es wird extrem komplex, veränderlich, disparat, uneinheitlich, experimentell. Um es etwas pathetisch zu formulieren: Die Einheit des Wissens zerfällt. Nochmals zu meinen Beispielen: Was ist eine wirksame Therapie? Gerade in der Hochleistungsmedizin, die sehr stark innovativ ausgerichtet ist, zeichnen sich heute vielfach keine anerkannten Wissensbestände mehr ab. Oder nehmen Sie wieder das Organtransplantationsrecht: „Dringlichkeit“ und „Erfolgsaussichten“ einer Transplantation – was bedeutet das, wie soll man unter solche Begriffe subsumieren? Das ist offenbar nicht möglich. Ich kann hier nur darauf hinweisen, dass in den vergangenen Jahrzehnten an die Stelle der Subsumption unter das allgemeine – klar und verständlich gefasste – Gesetz in weitem Umfang ein dialogisch-interaktiver Prozess getreten ist, in dem die Steuerungsimpulse des Gesetzes, die weiterhin absolut unverzichtbar sind, von einer untergesetzlichen professionellen und rechtlichen Normbildung aufgegriffen werden. Im Vordergrund stehen dabei im Transplantationsrecht die Regelungen der Bundesärztekammer, die vielfach kritisiert worden sind, im Krankenversicherungsrecht hingegen die Bestimmungen des Gemeinsamen Bundesausschusses. Insoweit ist meines Erachtens eine folgenreiche Umorientierung oder Weiterentwicklung des Rechts insgesamt zu erkennen, die sich nicht zuletzt auf die zunehmende Digitalisierung des Wissens stützt, wie sie uns im Zusammenhang mit dem Aufstieg der evidenzbasierten Medizin und zumal mit Big Data in der Medizin vor Augen tritt: Eine grundlegende Umorientierung des Rechts, die meines Erachtens durch die Beschwörung des klar gefassten, verständlichen allgemeinen Gesetzes nicht mehr „eingefangen“ werden kann.

Martin Hochhuth: Ich danke für zwei hochinformative Referate, Ihnen, Frau *Guckelberger*, und dem abwesenden *Hanno* natürlich auch. Ich möchte ein Sicherheits- und Freiheitsproblem ansprechen: Es ist eine Banalität: Elektronische Verwaltung – alles Digitalisierte kann gehackt werden. Frau *Guckelberger*, Sie haben in Ihrer These 2 gesagt: 1990 schlug Vizepräsident *Al Gore* unter der Überschrift „Electronic Government“ Abhilfemaßnahmen zum Abbau der Rückständigkeit der US-Verwaltung bei den Informationstechniken und -technologien vor. *Al Gore* ist von *Bill Clinton* als Vizepräsident ausgewählt worden, auch weil er ein Sicherheits- und Verteidigungsmann war. Das war seine Stärke und *Al Gore* hat das natürlich auch genutzt, um die amerikanischen Geheimdienste und die Streitkräfte auch auf den neuesten Stand zu bringen. Die These von Frau *Guckelberger*, diese These 2, hat noch einen zweiten Satz: Diese Kurzformel (also

Electronic Government) wurde etwas später in Deutschland aufgegriffen. Liebe Kolleginnen und Kollegen, zwischen Satz 1, also was *Al Gore* mit Electronic Government gemacht hat und was die Amerikaner machen seit 1993, und Satz 2, was unsere liebe Bundesrepublik Deutschland macht, in deren Heiligtum wir hier sitzen, es gibt einen Abstand zwischen Satz 1 und Satz 2 dieser These – und zwar einen Abstand von Lichtjahren. Die technische Überlegenheit der amerikanischen Geheimdienste, berühmt geworden durch die NSA, durch *Edward Snowden*, der das aufgezeigt hat, das hat etwas mit dem Geld und mit der Entschlossenheit zu tun, mit denen die Vereinigten Staaten ihre zahlreichen Geheimdienste und die digitalisierten Abteilungen ihrer Polizeien und Streitkräfte unterstützen. In Deutschland ist das alles vollkommen undenkbar. Die Dienste sind winzig klein im Vergleich zur Bevölkerung und vor allem im Vergleich zur Wirtschaftskraft, wenn man das mit den Five Eyes, also mit den Diensten der mit uns befreundeten englischsprachigen Staaten vergleicht. Über die wissen wir so ein bisschen was. Über die mit uns nicht so eng befreundeten Staaten und deren Dienste, also z.B. die chinesischen Dienste oder die russischen Dienste, wissen wir ja so gut wie nichts. Wir wissen nur: Auch die sind groß und stark. Energienetze, Wasserversorgung, Verkehrsinfrastruktur, das steht alles, wenn man es digitalisiert hat, zur freien Hackerverfügung von irgendeinem Rechner irgendwo auf der Welt aus, den man dann sehr schwer finden kann. Und das andere was jetzt, wenn wir in diesem Saal tagen, noch näher liegt, ist Art. 20 des Grundgesetzes, die demokratischen Strukturen, die wir haben. Sie haben das alle verfolgt, meine Damen und Herren: Weil die Medien bei uns in der Bundesrepublik für *Hillary Clinton* waren, haben sie ausführlich darüber berichtet, dass der Wahlkampf von *Donald Trump* wahrscheinlich Unterstützung bekommen hat, dadurch, dass der Wahlkampf von *Hillary* gehackt wurde und beschädigt wurde. Das gilt natürlich bei jeder Wahl auf der Welt, da kann man ran und je digitalisierter es ist, desto leichter kann man auch vom Ausland aus sich da reinhacken. Ich liebe meinen Computer, wenn er funktioniert, und ich bin froh über das Internet, wie Sie alle, es entlastet uns alle. Aber wir sollten nicht unkritisch sein, verehrte Kolleginnen und Kollegen, wir sollten nicht die nützlichen Narren nicht nur der Computerindustrie sein, die an all dem ja unglaublich viel Geld verdient, sondern auch der ausländischen Dienste. Und wir sollten nicht diese gigantischen neuen Gefahren verleugnen, die durch E-Government drohen.

Kai von Lewinski: In den beiden Referaten sind die Möglichkeiten und Grenzen gezeigt worden, wie man bisherige Vektoren des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsorganisation in die elektronische Welt übertragen kann, wie man das Gesetz in Code übersetzen kann, den Amtswal-

ter in den Computer und die Verwaltungsgliederung in Rechnerverbünde. Dabei ist eine, vielleicht ganz alte, verwaltungswissenschaftliche Dimension unterbelichtet geblieben; dies war nur angedeutet in beiden Referaten, ebenso bei dem, was *Paul Kirchhof* gesagt hat: nämlich die Akte, der Aktenbestand. In dem E-Government-Kontext bedeutet das, dass auch die Struktur und Strukturierung von Daten in den Blick genommen werden muss. Dabei geht es nicht nur um die Formularfelder, von denen im Vortrag von *Hanno Kube* die Rede war, und es geht auch nicht nur um die Lern- und Trainingsdaten, die Frau *Guckelberger* erwähnt hat. Bei dem bisherigen (wissenschaftlichen) Zugang zum E-Government wird die Frage von Daten hauptsächlich subjektivrechtlich diskutiert und bestimmt. Da geht es um Datenschutz, um den Amtsermittlungsgrundsatz, doch ist die Datenstruktur und die Datenstrukturierung eben auch objektivrechtlich eine ganz enorme Machtressource – die formatierte Freiheit, die ja eben schon erwähnt worden ist. Und da schien es mir, dass die Rechtsinformatik in den 1970er Jahren und vielleicht sogar die gute alte Kameralistik schon weiter waren. Quod non est in actis, non est in mundo. Diese Formalisierung der Aktenwirklichkeit, die wir für automatisierte Entscheidungen brauchen, und die Entformalisierung der Aktenwirklichkeit, die wir für künstliche Intelligenz brauchen, stellen gleichermaßen die Frage, dass eben nicht nur Wissen Macht ist, sondern auch die Aktenwirklichkeit. – Danke.

Hinnerk Wißmann: Ich möchte zunächst dem Vorstand gratulieren, dass es ihm gelungen ist, den Bundesgesetzgeber in Dienst zu nehmen und über § 35a VwVfG eine neue Geschäftsgrundlage für unser Gespräch zu schaffen; und ich danke den Referenten, dass sie die allgemeine Rechtskenntnis in diesem Kreis haben heben können, indem sie in diese neue Norm eingeführt haben. Ich fürchte, wir werden die Frage der digitalen Automatisierung der Verwaltung nicht über den menschlichen Faktor lösen können, indem wir auf die Begrenztheit der automatisierten Systeme hoffen und dem das letzte Proprium menschlicher Klugheit entgegenstellen. Ich nehme an, es kommen nachher noch Kolleginnen und Kollegen, die ausführen werden, wie die künstliche Intelligenz uns technisch betrachtet vom Felde nehmen kann. KI kann auch selber lernen; KI kann sogar Fehler einpflegen, damit alles menschlich wirkt.

Ich glaube, wir werden diese Herausforderung nicht über die technische Begrenztheit lösen können, sondern es ist eine Frage des Verfassungsrechts. Und da würde ich gerne zwei Kontrollfragen an die Referate stellen, die sich mit der vertikalen und der horizontalen Gewaltenteilung befassen.

Vertikale Gewaltenteilung: Wie verhält sich denn § 35a VwVfG und ähnliches Recht im Föderalismus? Was ist denn mit Art. 83 und Art. 28 GG? Man kann es konkret sagen: Wer schreibt denn den Algorithmus für

ein Fachgesetz? Der Bund? Bezahlt der das dann auch? Treten die Länder dem dann bei? Dürfen die das überhaupt? Haben die nicht eine Pflicht zum eigenständigen Verwaltungsvollzug? Eine absurde Gegenvorstellung wäre allerdings auch auf der anderen Seite, dass jede Gemeinde oder jeder Kreis einen eigenen Algorithmus schreibt, um das Gesetz zu vollziehen. Da würde ich gerne noch etwas mehr Aufklärung erfahren.

Die zweite Kontrollfrage zielt auf das Verhältnis von Exekutive und Judikative, also horizontale Gewaltenteilung. Das ist von Herrn *Mahlmann* schon angesprochen worden: Die Wechselseitigkeit zwischen Exekutive und Judikative bei der Anwendung des Gesetzes darf man vielleicht doch nicht unterschätzen. Das soll heißen: Wenn das Gesetz durch die Verwaltung auf der Grundlage eines einheitlichen Algorithmus einheitlich angewandt wird, steht die Begründungslast für die Judikative, sie könne es aber doch besser, gegen einen Block, den es vorher so nicht gab. Das heißt, wir kommen zu einer Entmäßigung der Staatsgewalt. Ist das nicht auch verfassungsrechtlich relevant, wenn Gesetz und Vollzug nur noch formal getrennt sind?

Rechtstatsächliche Schlussfrage: Wie sieht es denn mit der konkreten Umsetzung aus? Werden diese Algorithmen schon geschrieben? Oder handelt es sich vielleicht um Symbolgesetzgebung, die die nächsten fünf bis zehn Jahre Ruhe auf diesem Feld verheißt? Dankeschön.

Ute Mager: Ich möchte eine rechtsdogmatische Detailfrage stellen und die knüpft an die These 12 im Thesenpapier von Frau *Guckelberger* an. Dort heißt es: „Entgegen anders lautender Stimmen bezieht sich das OZG, also das Onlinezugangsgesetz, auch auf die Gemeinden und Kreise“. Das hat in mir die Frage ausgelöst, welche Bedeutung denn Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG bzw. Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG für das E-Government haben. Dort heißt es: „Durch Bundesgesetz dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden.“ Nun kann man den Aufgabenbegriff möglicherweise materiell verstehen, dann würde das E-Government vielleicht gar nicht erfasst sein. Allerdings kann man die Einrichtung eines E-Governments durchaus auch als eigene Aufgabe verstehen, zumal wenn man bedenkt, welche Ressourcen das erfordert. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob hier ein Verbot aufgestellt worden ist, bei dessen Erlass die Hürde, die damit auch für die Einrichtung eine E-Governments geschaffen wird, nicht bedacht wurde. Das knüpft an den Gedanken an, den auch Herr *Wißmann* eben geäußert hat, nämlich dass E-Government Systemkompatibilität erfordert, und da baut dieses Verbot der Übertragung von Aufgaben auf die Gemeinden durch den Bund doch eine gewisse Hürde auf.

Max-Emanuel Geis: Ich habe zwei Fragen zum Rechtsschutz und zwar Fragen, die sich im Grunde nicht kritisch an die Referenten richten, denn

ich kann ihren Gedankengang voll mitvollziehen. Ich möchte nur noch ein bisschen weiter denken.

Frau *Guckelberger,* Sie haben in Ihrer These 24 davon gesprochen, dass Widersprüche gegen vollautomatisierte Verwaltungsakte von Amtswaltern zu bearbeiten sind; das ist so gewissermaßen die Vision des Rückholrechts in die menschliche Verwaltung, von der Maschine weg, und das ist ja an und für sich sehr begrüßenswert. Nun frage ich aber, wie ist es in Bundesländern, in denen man das Widerspruchsverfahren abgeschafft hat? Ich habe vorhin gerade noch einmal kurz recherchiert: In NRW gilt der § 35a VwVfG, in Niedersachsen wohl auch, aber in beiden Bundesländern ist auch das Widerspruchsverfahren weitgehend abgeschafft und es gibt keine Gegenausnahme. Das führt zu dem nicht unbedenklichen Umstand, dass ich, wenn ich Rechtsschutz einlege, mich das erste Mal vor Gericht einem menschlichen Wesen gegenüber sehe. Das ist zwar vermutlich von Art. 19 Abs. 4 GG gerade noch so gedeckt, weil dieser eben nur den richterlichen Rechtsschutz garantiert, ist aber trotzdem eine eigenartige Geschichte. Das wird auch den Verwaltungsprozess irgendwie ändern, weil ich natürlich dann im Prozess den Sachverständigen nachschieben muss, der Richter selber ist zur Beurteilung des Algorithmus wohl nicht imstande. Das geht auch in die Richtung der Thesen 22 und 24 von Herrn *Kube* und da knüpft jetzt die zweite Frage oder Anmerkung an: Wenn also der Richter als Letztinterpret des Gesetzes garantiert sein muss, dann beschwört das gewissermaßen die Vision einer Algorithmusrüge herauf, nämlich die Behauptung, dass der verwendete Algorithmus mit dem Gesetz nicht übereinstimmt. Dies kann dann als Begründung der Rechtswidrigkeit vor Gericht eingebracht werden – das riecht geradezu nach einem neuen Revisionsgrund de lege ferenda. Wie würden Sie das sehen?

Anna Leisner-Egensperger: *Hanno Kube* hat ja sehr schön den Unterschied im sinnvollen und grundgesetzlich zulässigen Grad der Automatisierung zwischen verschiedenen Rechtsgebieten herausgearbeitet: besonders plakativ, für mich auch vollständig einleuchtend, im Kontrast zwischen dem Steuerrecht einerseits und dem Polizeirecht auf der anderen Seite. Das Steuerrecht wird zahlenfixiert vollzogen und erfahrungsbasiert, das Polizeirecht ist menschennah und in seinem Vollzug dominiert der Blick in die Zukunft; oder das sollte zumindest so sein. Auf den ersten Blick scheint die Automatisierung damit die Gräben zwischen den Rechtsgebieten zu vertiefen und man fragt sich, gerade nach dem zweiten Referat heute, ob ihre gemeinsame Behandlung im Zusammenhang des E-Government überhaupt möglich ist. Die gesetzliche Regelung ist ja auch ganz unterschiedlich: § 155 Abs. 4 AO und § 35a VwVfG. Bei genauerer Betrachtung, und darauf basiert jetzt meine Frage, geht meines Erachtens aber das Denken

in Algorithmen inzwischen viel tiefer und erfasst alle Rechtsbereiche: neuerdings eben gerade auch das Polizeirecht, und das bereits bei der Rechtserzeugung, die ja erfolgt mit Blick auf den Vollzug. Es gibt immer weniger Generalklauseln, immer mehr Fallgruppen werden aufgezählt, so dass man den Eindruck hat, dass verwaltungsintern, etwa bei der Ausbildung der Polizeibeamten, doch Computerprogramme zum Einsatz gelangen müssen, um überhaupt die Voraussetzungen für den Vollzug zu schaffen. Meine Frage daher: Wie lässt es sich langfristig verhindern, dass das Denken in Algorithmen sämtliche Rechtsbereiche erfasst und dass sich damit das Recht in seiner Gesamtheit immer mehr vom Menschen entfernt? Vielen Dank.

Christoph Engel: Ich denke, wir sollten uns über das Richtige Sorgen machen. Beide Referate hatten Sorgen über die Entscheidungsqualität. Die habe ich überhaupt nicht. Die Referate deuteten Sorgen über Diskriminierung an. Die bestehen noch, werden aber bald überwunden sein. Sie deuteten schließlich Sorgen über Transparenz an. Da sind die Lösungen nicht ganz so einfach, aber auch nicht schwer zu finden. Wo wir Sorgen haben sollten, ist das Verhältnis von Staat und Bürger.

Warum ist die Entscheidungsqualität jetzt schon kein Problem (hier widerspreche ich Herrn *Mahlmann*)? Die Rechtsinformatik ist zu Recht gescheitert, weil sie die Idee hatte, Normen seien Konditionalprogramme und das könne der Computer doch besser. So funktionieren die Algorithmen von heute nicht. Die rekonstruieren das, was sie machen, als ein Entscheidungsproblem unter hoher Komplexität und normalerweise als Entscheidungsproblem, von dem sie wissen, dass sie es nicht verstanden haben. Das ist genau, was wir Juristen auch machen. Deswegen sind wir so gut. Die Algorithmen dringen also in das Arkanum der Juristerei vor, in das, was wir im Vergleich zu anderen Disziplinen am besten können. Ich habe nicht die Zeit, zu erklären, wie sie das machen, aber ich möchte Sie bitten, mir zu vertrauen, dass die Algorithmen darin nicht nur so gut sind wie wir, sondern besser. Also ich glaube, diese Sorge sollten wir beerdigen. Wenn es uns um Entscheidungsqualität geht, müssten wir fordern, dass die Entscheidungen von Algorithmen getroffen werden. Google und Facebook können es besser als die Menschen.

Diskriminierung ist bis jetzt noch ein Problem, aber da sind technische Lösungen nicht schwer zu finden. Man muss in den Algorithmus hineinschreiben, dass er sowohl offen (das ist ganz einfach) wie (deutlich schwieriger) versteckt nicht nach Kriterien entscheiden darf, von denen wir normativ sagen, dass nach ihnen nicht entschieden werden darf. Also im Sinne etwa von gestern: Wir wollen keine Geschlechterdiskriminierung. Dann muss erreicht werden, dass der Algorithmus auch nicht indirekt das

Geschlecht lernt und entscheidungsrelevant macht; das ist ein bisschen tricky, aber es lässt sich machen.

Transparenz ist auf den ersten Blick sehr schwierig zu erreichen. Ein neuronales Netz, habe ich gestern schon gesagt, versucht niemand zu verstehen, weil das nahezu ausgeschlossen ist. Aber ich glaube, das ist auch die falsche Frage. Was wir erreichen müssen, ist herauszubekommen, unter welchen Voraussetzungen der Algorithmus welche Entscheidung fällen wird. Und es gibt eine algorithmusgeeignete Art damit umzugehen – Simulationsprogramme. Ich glaube, die eigentliche Sorge sollte sein, dass potente gesellschaftliche Akteure investieren werden darein, den Algorithmus so gut wie möglich vorherzusagen und ihn dann auszunutzen.

Jetzt ganz kurz zu dem, was ich wirklich für ein Problem halte, das Verhältnis von Staat und Bürger. Ich möchte es am Rechtsschutz illustrieren. Wir haben vorher schon Andeutungen gehört, aber ich wäre radikaler. Wenn Entscheidungen im Staat durch Algorithmen getroffen werden, dann müssen wir den Rechtsschutz umstellen. Die Sorge für den Fehler im Einzelfall wird irrrelevant. Wir müssen übergehen zu einer Sorge um systematische Fehler. Das heißt, der Gegenstand des Verfahrens kann nicht mehr der Einzelfall sein, sondern nur der Algorithmus. Deswegen müssen wir Verwaltungsprozesse haben, in denen man den Algorithmus prüfen kann. Dafür genügt es nicht, den Code zu lesen. Was die Gerichte haben müssen, ist Zugriff auf den Datenbestand. Denn nur aus dem Zusammenwirken zwischen dem großen Datenbestand einerseits und der spezifischen Weise, den Datenbestand zu nutzen, kann man erfahren, in welcher Weise Entscheidungen getroffen werden. Wir werden also im Verwaltungsprozess das funktionelle Äquivalent der Class Action brauchen.

Indra Spiecker genannt Döhmann: Ich möchte noch einmal ganz vorne anfangen. In beiden Referaten klang ein gutes Stück an, dass die Technik im E-Government ein Tool bleibt, ein Mittel, das die Verwaltung einsetzt und das sie deswegen auch beherrschen kann. Und Herr *Engel* hat das schon deutlich gemacht: So einfach ist das nicht mehr angesichts dessen, was Technik mittlerweile kann. Das klingt auch an, wenn *Hanno Kube Lawrence Lessig* mit „Code is Law“ zitiert. Mit diesem Schlagwort bekommt man ein erstes Mal zu fassen, wie stark dann die Technik eigentlich das Recht determiniert. Diesen Gedanken sollte man einmal reformulieren. Das, worum es geht, ist nämlich, dass wir nicht mehr nachrationalisieren können – etwas, das wir klassischerweise im Verwaltungsverfahren tun, etwa über Begründungspflichten. Etwas, das wir auch im Verwaltungsprozess tun. Dies ist künftig nicht mehr möglich, weil die Algorithmen es gar nicht zulassen. Die Transparenzforderung in Bezug auf die Inhalte und Funktionsweise von Algorithmen, die man immer wieder hört, ist daher

gar nicht erfüllbar, und zwar technisch gar nicht erfüllbar. Und damit überlassen wir Juristen auch die Herstellung der Normativität dem Algorithmus. Das aber nimmt uns das, was wir eigentlich genuin für uns als Juristen beanspruchen, nämlich beurteilen und werten zu können, und was wir klassischerweise in dem gewaltenteilenden System den einzelnen Gewalten in unterschiedlichen Ebenen zuweisen. Auch diese Kontrollierbarkeit verlagert sich, genauer: Sie wird unmöglich.

Zweiter Punkt: Wir geraten in eine Abhängigkeit von Plattformen, und diese Besorgnis möchte ich gerne nochmal stärker machen. Es geht nicht nur darum, dass ein bestimmter Anbieter ein bestimmtes Produkt oder einen Service zur Verfügung stellt, welche der Staat einkauft. Sondern der Staat kann so, wie heutzutage IT funktioniert, nur vorgeben, was die Ziele sind. In der Folge sind es die fremden Plattformen, die er einsetzt, welche die Ziele tatsächlich umsetzen und die über Schnittstellen, über Add-on-Dienste, über Verbindungen die ganze Steuerung und Ausgestaltung des E-Government und damit auch seiner Inhalte leisten oder jedenfalls wesentlich bestimmen. Dann entsteht ganz schnell eine neue, stark gebündelte Macht. Vor diesem Hintergrund sollte man auch über Begrifflichkeiten nachdenken. Der Begriff des E-Government verhüllt diese Brisanz. Vielleicht wird ein Begriff wie „Admin Tech“ – statt „E-Government“ in der Anlehnung an „Legal Tech“ der Problematik eher gerecht. Denn auf einmal entsteht tatsächlich eine ganz neue Qualität an Entscheidung.

Dritter Punkt, ganz grundsätzlich: Ich störe mich daran, dass wir alle die Zielsetzung des E-Governments, „Kundenorientierung“ herbeizuführen, akzeptieren. Das hat bis jetzt niemand kritisiert. Warum ist der Bürger ein „Kunde“ eines Gewaltmonopolisten? Das muss uns doch eigentlich bitterböse aufstoßen, dass wir diese Dichotomie von Bürger und Staat aufgeben und dass wir in völliger Selbstverständlichkeit die Verantwortungsauflösung, die darin steckt, hinnehmen. Dass es diese gibt, sehen wir; im Steuerrecht erleben wir das sehr deutlich, weshalb es sehr klug war, dass *Hanno Kube* diese Beispiele herangezogen hat. Diese Neuorientierung und die darauf basierende Verantwortungsauflösung machen auf einmal den Bürger rechenschaftspflichtig und nicht umgekehrt. Diese Entwicklung wird durch den Einsatz von Algorithmen noch mal verstärkt. Jegliches Abweichen von der Norm, was zukünftig unter den Bedingungen des E-Government Arbeit macht, wird rechtfertigungspflichtig; es ist negativ konnotiert und deswegen auch rechtlich negativ vorbewertet. Damit gerät der Bürger in eine Rechtfertigungsschleife für Dinge, Technologien und Verhalten, die er möglicherweise gar nicht rechtfertigen und schon gar nicht kontrollieren kann. Denn wie soll der Bürger, und da bin ich ganz bei Herrn *Engel*, eigentlich Algorithmenkontrolle betreiben? Das ist ja illusorisch.

Ich möchte aber nicht ganz so negativ sein und deshalb wenigstens ganz kurz darauf hinweisen, dass wir uns umgekehrt auch Gedanken machen müssen, wo sind die Algorithmen eigentlich besser als der Mensch? Im Bereich des Predictive Policing ist der Einsatz von Algorithmen etwas, das in beide Richtungen weisen kann.

Vorletzter Punkt: Ganz kurz zum Akteneinsichtsrecht. Das ist die These Nr. 28 bei Frau *Guckelberger*. Hier möchte ich vehement widersprechen. Wenn wir die Verwaltungsreformen in den letzten Jahren anschauen, hat der Einfluss des Bürgers darauf, was die Verwaltung entscheidet und wie sie das tut, systematisch abgenommen. Die Anhörung, die jetzt verschiedentlich anklang, ist doch längst zur Farce verkommen: Wenn ich diese in der letzten mündlichen Verhandlung nachholen kann, dann kann man es auch gleich ganz lassen. Wer wird jetzt noch seine Ansicht ändern? Das sagt uns die Psychologie ganz deutlich. Wenn wir jetzt auch noch das Akteneinsichtsrecht nach hinten verschieben, wie soll denn dann noch die Verwaltung, die ja auch eigene Interessen hat, überhaupt noch den Bürger aktiv integrieren? Das erscheint mir ganz gefährlich und als eine rechtsstaatlich nicht mehr vertretbare Isolierung staatlichen Entscheidens vom Bürger und Souverän.

Und dann als letzten Punkt noch ganz kurz zur These 13 und folgende von *Hanno Kube*, dass wir das Gesetz in seiner Anordnung und die Determinierung des Einzelnen auseinanderhalten müssen. Diesen Aspekt möchte ich noch einmal verstärken. Letztlich steckt dahinter die Auflösung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Gegenwärtig überlassen wir dem Einzelnen zu entscheiden, wann er eine Gesetzesanordnung nicht befolgt. Das ist Ausdruck seiner Freiheitlichkeit. In gewisser Weise kann man sagen, wir kennen ein Recht darauf, sich rechtswidrig zu verhalten. Wenn wir aber tatsächlich den Gesetzesvollzug zu 100 Prozent durchsetzen, existiert keine Freiheitlichkeit mehr, und wir haben auch keine Verhältnismäßigkeit der Mittel mehr, weil dann der Verstoß gegen das Parkverbot mit gleicher unerbittlicher Härte verfolgt wird, wie der Verstoß gegen das Tötungsverbot. Und das ist dann doch ein bisschen absurd. Vielen Dank.

Ulrich Stelkens: Ich wollte auf die Auswirkungen des E-Governments oder der Digitalisierung auf das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsrechtswissenschaft eingehen. Bei beiden Referaten haben wir zwei Stufen der Digitalisierung im Verwaltungsrecht gesehen, die ganz unterschiedlich das widerspiegeln, was im Verwaltungsrecht geschieht. Die erste Stufe war der ganze Bereich „papierloses Büro“, der sich nur auf die Kommunikation mit dem Bürger bezog, möglichst über E-Mail, aber dennoch auf sichere Weise, ohne dass irgendeine weitergehende Vision dahinter stand. Es ging darum, dass kein Medienbruch stattfinden sollte. Die Frage, warum kein

Medienbruch stattfinden sollte, war eigentlich unerheblich. Ob der Bürger vielleicht gar nichts dagegen hat, dass ein Medienbruch stattfindet, weil es für ihn einfacher ist, etwas abzuheften als sich um eine sichere Speicherung von E-Mails zu kümmern, war eine Frage, die nicht gestellt wurde. Bei dieser ersten Stufe hat man aber auch schon gesehen, dass sich „Digitalisierung“ in der herkömmlichen Gesetzessprache gar nicht abbilden lässt. Spätestens wenn man entsprechende Gesetze kommentieren muss, merkt man, dass es „digitale Signaturen“, „qualifizierte elektronische Signaturen“ oder auch „Blockchain“ in der realen Welt nicht gibt. Der Gesetzgeber verwendet eine reine Kunstsprache, die auf Kunstdefinitionen verweist, unter denen sich niemand etwas Plausibles vorstellen kann, wenn er nicht genau weiß, was gemeint ist. Nun gibt es sicherlich viele Gesetze, die Fachsprache oder auch chemische Formeln usw. verwenden, die nur Fachleute verstehen. Aber Regeln im allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz richten sich eben an alle und da sollte jedenfalls der „normale“ Rechtsanwender schon eine Vorstellung haben, auf was sich eigentlich die Norm, die er anwendet, bezieht. Und das ist nicht immer gegeben. Teilweise waren und sind diese Regelungen der ersten Stufe dann auch sehr kleinlich. Der Gesetzgeber versuchte z.B. um jeden Preis Rechtssicherheit dahingehend zu schaffen, dass irgendein Bescheid nach drei Tagen auch wirklich als zugestellt gilt. Man hätte sich auch auf den Standpunkt stellen können, dass der Bürokratie-Preis, der für diese Art von Rechtssicherheit bezahlt wird, für die paar Bescheide, die angefochten werden, vielleicht etwas zu hoch ist.

Die zweite Stufe der Entwicklung des Verwaltungsrechts durch Digitalisierung ist eigentlich eine Rückkehr zu der Automatisierungs-Diskussion aus den 1950er und 1960er Jahren. Es ist erstaunlich, wie diese Untersuchungen zur „Verwaltung durch Maschinen“ exakt das alles aufgenommen haben, was wir heute diskutiert haben – bis hin zu der auch heute angesprochenen Frage, ob ein gnadenlos-schematischer Gesetzesvollzug durch Verwaltungsautomatisierung eigentlich erträglich ist. Es wurde gefragt, weshalb mir nachts eine Ampel sagen können darf, dass ich halten soll, wenn ich genau weiß, da ist nichts? Man hat das damals mit dem Argument akzeptiert, ein bisschen warten schadet ja nichts. Die Grundprobleme des automatisierten Gesetzesvollzugs waren aber damals eigentlich schon sehr weit aufgearbeitet gewesen.

Heute können wir uns allerdings auch fragen: Führt die Automatisierungsdiskussion nicht dazu, verwaltungsrechtlich die „flutende Masse der Verwaltungstätigkeit“ zu rekonstruieren? Die Verwaltungsrechtswissenschaft hat diese eigentlich dekonstruiert, indem sie im Grundsatz diese „flutende Masse“ ignoriert und nur isoliert einzelne Verwaltungsrechtsverhältnisse in den Blick genommen hat. Auch das Verwaltungsverfah-

rensgesetz stellt praktisch allein auf die individuellen Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger ab. Die Automatisierung verlangt jetzt aber, die Verwaltungstätigkeit wieder holistisch zu betrachten und etwa das Ressortprinzip, die Frage der Wissensorganisation, aber auch einzelne Verwaltungsverfahren letztlich zusammenzuziehen. Beweisermittlung scheint etwa teilweise weniger in einzelnen Verfahren stattzufinden, sondern wird vorab allgemein organisiert. Rechtsanwendung und Entscheidungsvollzug gehen ineinander über. Und das führt zur Frage, ob eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts unter diesen Bedingungen ausreicht, oder ob nicht eher ein Allgemeines Verwaltungsgesetz gefordert ist. Es ist jedenfalls deutlich, dass die Perspektive nachträglichen Rechtsschutzes, die schon angesprochen worden ist, allein nicht ausreicht, um diese Phänomene zu erfassen, sondern dass letztlich die Perspektive der ihre Ablaufprozesse organisierenden Verwaltung eingenommen werden muss. Vielen Dank.

Karl-Heinz Ladeur: Die beiden Referate haben uns einen kompetenten Überblick über das deutsche E-Government gegeben – über den *Zustand* dieses E-Governments heute. Aber man muss hinzufügen, das ist nur zum Teil angeklungen, dass es sich um einen sehr traurigen Zustand handelt. Ich glaube, dass es schon bei der Begrifflichkeit anfängt. Man sollte viel mehr von *E-Governance* statt von E-Government sprechen. Das deutsche Konzept des E-Governments, und das haben die Referenten mit Recht betont, ist sehr stark bestimmt von einer, wie ich jetzt sagen würde, autistischen, selbstbezüglichen Sicht der Verwaltung auf das, was sie bisher unter *Verwaltungsvollzug* verstanden hat. Nach meiner Ansicht müsste man zunächst einmal sehr viel genauer den Blick auf die fundamentalen Veränderungen werfen, die die Digitalisierung der Gesellschaft mit sich bringt, und damit wären ganz grundlegende Herausforderungen verbunden, die weit über das hinausgehen, was E-Government bisher aufgegriffen hat. Ich will das am Beispiel der Regulierung zeigen. Die Regulierung hat in erster Linie ja mit Technologien zu tun – im weiteren Sinne –, und man muss im Zuge der Digitalisierung beobachten, dass alle Hochtechnologien heute High-Knowledge-Technologien sind. Das heißt: Diese Technologien haben nicht mehr bestimmte Produkte zum Ziel, sondern sie prozessieren Informationen auf eine selbst veränderliche Weise. Diese Informationen werden ständig rekodiert und reprozessiert. Und das bedeutet, dass die Sichtweise der Regulierung sich ebenfalls darauf einstellen muss, dass wir es mit einem Prozessieren von Informationen zu tun haben und nicht mehr mit der Hervorbringung von Produkten. Das zeigt sich im Beispiel des Medienrechts und der Medien. Das bedeutet, dass wir immer weniger unterscheiden können, welche Informationen welchem Medium dienen, welches der Gegenstand der einzelnen Information ist. Das ist eine komplexe Architektur, in

der die Informationen ständig umkodiert werden – ob es sich um ein Fernsehprogramm handelt, ein abrufbares Video, eine Steuerinformation oder eine Information, die daraus abgeleitet wird, um Werbebeiträge zu gewinnen und wieder einzuspeisen usw. Und darauf ist das Medienrecht überhaupt nicht eingestellt. Man muss sich zum Vergleich auch die anderen Technologien vor Augen führen, mit denen wir es in Zukunft zu tun haben werden: Die Gentechnik ist auch im Grunde eine Informationstechnik ebenso wie die Nano-Technologie. Und das bedeutet, das sind Technologien, die man nicht mehr ex ante steuern kann; das heißt aber nicht, dass man sie sozusagen völlig frei sich selbst prozessieren lassen kann, sondern die Regulierungsverwaltung muss sich ihrerseits darauf einstellen, dass sie sich in der Form von Algorithmen – und zwar in der Form von Algorithmen, die nicht nur auf bestimmte Produkte festgelegt sind, sondern die auf Prozesse eingestellt sind – an diesem Prozess beteiligen muss und kann. Aber das wird nur in einer privat-öffentliche Kooperation möglich sein, die mit Verwaltungsakten nur noch am Rande zu tun hat. Neue Formen der Regulierung würden es erlauben, sozusagen in Echtzeit, weil es sich eben um dynamische *Prozesse* handelt, Interventionen in Entwicklung der Nanotechnologie, der Gentechnologie usw. vornehmen zu können. Ein weiteres Beispiel dafür, wie die Verwaltung für die Regulierung sehr viel mehr Handlungskompetenz entwickeln kann, wäre z.B. der Pflanzenschutz. Es ist heute längst denkbar, Pflanzenschutz über den Einsatz von Biomarkern zu reorganisieren. Das heißt, man würde z.B. bestimmte Pflanzenschutzmittel mit einer Markierung versehen, die über Großcomputer erfasst werden kann, und dann kann man die Wirkungen von Pflanzenschutzmitteln, Chemikalien, auf die Natur erfassen. Man kann dann sozusagen – auch wenn das jetzt etwas ambivalent klingt – sogar von einem „Internet der Natur“ sprechen, also die Natur selbst als einen Kommunikationsprozess zu kodieren, der ja sowieso stattfindet, den wir aber mit Mitteln der Computertechnologie lesen können. Daraus können sich ganz wichtige Konsequenzen für ein neues intelligentes „Kontrollprojekt“ ergeben.

Ulrich Jan Schröder: Das Recht ist für die Menschen da, das Recht wird von den Menschen gemacht, alle Staatsgewalt geht von Menschen aus – das ist das Demokratieprinzip –, und dann ist es ja auch naheliegend, dass das Vehikel, also der Gesetzesanwender, und der Dolmetscher der Gesetze auch der Mensch ist. Aber ich will einmal die Perspektive umkehren und fragen: Ist nicht der Mensch auch eine Black Box? Arbeitet Wahrnehmung nicht auch formatiert, unterliegen wir nicht Vorurteilen, Klischees und Selektionen, und interpolieren und extrapolieren wir nicht? Ist es nicht sogar so oder kann es nicht sogar so sein, dass wir in unserer anthropologischen Konstitution nicht verfassungskonform ausgestattet sind? Dass wir

vielleicht xenophob sind? All das ist ja denkbar, und all das wird ja auch wissenschaftlich vertreten. Und dann ist es vielleicht die Aufgabe, diese Wahrnehmungsschwäche, diese Verfassungswidrigkeit in der konstitutiven Grundausstattung des Gesetzesanwenders auch wieder zu korrigieren. Deswegen ist vielleicht das Grundproblem, das wir bei der Anwendung von Algorithmen haben, schon eines, das wir bei dem Menschen haben, der die Gesetze anwendet. Vielleicht arbeitet der menschliche Kopf ja auch nach Algorithmen. Das ist jetzt nur eine Zuspitzung. Das Recht hat ja auch Lösungsmittel gefunden, um sich daran abzuarbeiten und den menschlichen Faktor in seinen Fehlbarkeiten zu korrigieren. Die Ermessensfehlerlehre ist eigentlich so ein Korrekturmechanismus. Man rekonstruiert, besser gesagt: Das Gericht rekonstruiert teilweise Ermessenserwägungen. Die Begründung, die gegeben werden muss, muss nicht stimmen. Das Gericht trägt nachträglich eine plausible Erklärung heran, um damit zu rechtfertigen, wie gehandelt wurde. Die gerichtliche Kontrolle des Beurteilungsspielraums findet in ganz ähnlicher Weise statt, das heißt, es wird rekonstruiert, was eine rechtlich richtige Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe gewesen wäre. Oder die Frage: Wie geht man denn um mit Racial Profiling, das im Vorfeld einer Verwaltungsentscheidung geschieht? Da haben wir zwar eine starke grundrechtliche Bindung beim Umgang mit den Daten – also das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das ein Rechtsregime für die Erhebung, für die Speicherung und für die Verwendung und Übermittlung der Daten diktiert und bildet –, aber wenn jetzt so ein Programm in einem Vorfeldstadium entgegen Art. 3 Abs. 3 GG nach der Hautfarbe die Rückfallquote von Straftätern ermittelt, dann aber im verwaltungsinternen Verfahren das Ganze noch korrigiert wird, ist das dann ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG? Oder ist man nicht eigentlich vor der endgültigen Entscheidung in der Lage, verfassungswidrige grobe Raster, die man angelegt hat, noch nachträglich zu korrigieren? § 44a VwGO besagt: Rechtsschutz gibt es gegen die Sachentscheidung. Das, was im Vorfeld war, darf eigentlich auch noch korrigiert werden. Das ist wahrscheinlich auch eine Bestimmung, die mit Art. 19 Abs. 4 GG im Einklang steht: Der Bürger wird erst konfrontiert mit der Endentscheidung, und die Verwaltung hat das Recht, sich bis zu dem Ende, in dem sie entscheidet, zu korrigieren. So wäre das wahrscheinlich auch bei der Anwendung von computergestützten Algorithmen.

Markus Winkler: Zwei Anmerkungen aus dem Arbeitsalltag im Hessischen Kultusministerium. Eine zu *Hanno Kubes* These 11: Die Befürchtungen, die da durchklingen, was die Interpretationsmacht des Programmierers und die regelbildende Kraft des Algorithmus angeht, klingen auf den ersten Blick ein bisschen apokalyptisch, sind es aber durchaus nicht, wenn

man die Praxis anschaut. Beispiel: Wir haben ein IT-Referat im Ministerium, das ein Eigenleben führt, schon weil es räumlich abgesetzt ist. Das ist zum Beispiel zuständig dafür, Programme zu entwickeln, die Zeugnisformulare auswerfen können und die Schulen dann zur Verfügung gestellt werden. Diese Zeugnisformulare entsprechen nie der Verordnungslage. Uns ist es praktisch als Rechtsreferat nicht möglich, auf dieses IT-Referat in der Weise einzuwirken, dass die Formulare den Verordnungen angepasst werden. Die verlangen vielmehr umgekehrt, dass die Verordnung den Formularen angepasst wird. Dieser Konflikt ist verwaltungsintern nicht zu lösen, weil die IT-Referate in den verschiedenen Ministerien untereinander gut vernetzt sind. Es gibt auch einen zentral Zuständigen, ich glaube, er heißt Chief Information Officer (CIO) in der Landesregierung, das ist der Finanzminister persönlich. Daher sind diese Referate ziemlich mächtig, und nur der Gesetzgeber kann dafür sorgen, dass sie wieder unter Kontrolle kommen. Nicht nur aus der Außenperspektive des Bürgers auf die Verwaltung, sondern auch in der Innensicht der Verwaltung gibt es also durchaus Kontrolldefizite.

Die zweite Anmerkung – ganz anderes Thema – betrifft das Online-Zugangsgesetz, dass Frau *Guckelberger* angesprochen hat. Frau *Mager* hat ja schon die Frage gestellt, warum ist es überhaupt zulässig, dass dieses Gesetz auch den Kommunalverwaltungen Vorschriften macht? Wir haben auch versucht, im Gesetzgebungsverfahren dieses Argument einzuwenden. Die Antwort des Bundes: Art. 91c GG ist eine Spezialvorschrift zu Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, da geht also alles, auch bis auf kommunale Ebene runter. In diesem Licht betrachtet hat sich für uns dann die Frage gestellt, was sind eigentlich alles Verwaltungsleistungen? Denn da darf man nicht nur an klassische Leistungen wie Steuerverwaltung oder Sozialverwaltung denken, sondern im Kultusministerium denkt man dabei auch an die Schule. Und dann stellte sich die Frage: Ist Unterricht eine Verwaltungsleistung und sind die Schulen in Zukunft verpflichtet, den Unterricht auch online anzubieten? Möglicherweise zeitversetzt, so dass das Konzept der Schulklasse, die zur gleichen Zeit am gleichen Ort ist, sich vollkommen auflöst. Oder kann eine Ausnahmeregelung für Verwaltungsleistungen aufgenommen werden, die ihrer Natur nach nicht einer elektronischen Abwicklung zugänglich sind? Die Bundesregierung war nicht bereit, diese Einwände irgendwie im Gesetz sichtbar zu machen, sondern hat nur in einer Gegenäußerung im Gesetzgebungsverfahren bestätigt, dass die Schulen nicht an das Online-Zugangsgesetz gebunden sein werden.

Viola Schmid: Es ist ganz schwierig, diese Diskussion, die so qualitätvoll war, zu beschließen – und das noch mit Verständnisfragen. Deswegen, Frau *Guckelberger*, Sie sind heute allein und das ist eine lange Vortrags-

runde gewesen: Ich habe völliges Verständnis, wenn Sie meine bescheidenen Verständnisfragen nicht für eine Beantwortung heute in diesem Plenum für würdig erachten. Ich beginne damit, dass ich, aus einer wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät kommend, gewohnt bin, dass Effektivitäts- und Effizienzvorteile nicht nur behauptet, prophezeit und beworben, sondern nachgewiesen werden. Und für § 10 S. 2 VwVfG ist das auch nachgewiesen: „Das Verwaltungsverfahren ist einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen." Überraschend für mich hat heute noch kein einziger Beitrag die Erfahrungen mit der fehlenden Effektivität und Effizienz der dritten Gewalt in der Bunderepublik Deutschland in der digitalen Transformation im Zeitraum vom 1.1.2018 bis fast heute erwähnt: 160.000 Rechtsanwälte – und im Kontext unserer Diskussion über die Diskriminierungsfreiheit von Algorithmen sind Rechtsanwältinnen mit der Verwendung „männlicher" Sprache eingeschlossen – durften nicht „E-Rechtsanwälte" sein, weil das besondere elektronische Anwaltspostfach grundlegenden rechtlichen und technischen Kriterien nicht zu entsprechen vermag. Das möchte ich zum „Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht" zu bedenken geben und insofern Herrn *Kirchhofs* Aussage, dass wir heute ein juristisches Konzept für die Digitalisierung erhalten haben, entgegnen: „Für mich ist das noch nicht so klar." Und zu Herrn *Engel*: Die Verortung der Diskriminierungsfreiheit von Algorithmen auf der „Trickiness-Ebene" ist mir weder aus der Forschung in den USA noch aus der Praxis in China bekannt. Meiner Ansicht nach hat diese Forderung das Potential von „Deal Breaker" oder „Game Changer". Aber ich sehe der Verwirklichung Ihrer Prophezeiung von diskriminierungsfreien Algorithmen mit Interesse entgegen und komme deswegen zu weiteren Paradigmenwechseln – zunächst zur (IT-)Sicherheit. Ja, es gibt globale, extern agierende Angreifer – aber eben auch interne: Steuerrechtsbeispiele haben uns den ganzen Vormittag beschäftigt und 3.000 Beamte, so hat der Präsident des Bundesfinanzhofs, Herr *Mellinghoff,* in einem Interview neulich gesagt, haben auf die Steuerdaten von Herrn *Hoeneß* zugreifen können. Auch bei den externen Angriffen gilt: (IT-)Sicherheit verpflichtet zu einem ständigen Update, weil auch die Angreifer ständig nachrüsten. Und inwieweit unser Finanz- und Haushaltssystem darauf vorbereitet ist, im Fall eines Angriffs „nachzurüsten", und auch die personale Kapazität und Kompetenz schnell (re)aktivierbar ist – wir also einen „Cyber-Katastrophenschutz" haben – erscheint mir noch nicht bewältigt. Zum Schluss noch zu meiner Verständnisfrage zu These 21 von Frau *Guckelberger* und These 18 von Herrn *Kube*. Ich, Frau *Guckelberger*, weiß nicht, wenn Sie eine „herrschende Meinung" in einer Pionierfrage behaupten, ob ich das so richtig einordnen kann: Ist mir doch bereits sprachlich der Begriff des Algorithmus nicht so geläufig wie Ihnen. Sie schreiben in Ihren Thesen stringent „Algorithmus", aber Herr *Kube*, der

heute nicht da ist, erwähnt/ergänzt (?) in These 18 „Programmablaufpläne und den Maschinencode“. Liegen diesen unterschiedlichen Terminologien Algorithmusideen im (wirtschafts)informatischen, im ökonomischen oder im mathematischen Sinne zugrunde? Hat die Beantwortung dieser Frage vielleicht auch etwas mit der „Duty to Explanation“ nach der GDPR, der Datenschutzgrundverordnung, (Art. 13 Abs. 2 lit. f) zu tun? Diese wählt im Deutschen wie im Englischen die Terminologie „involvierte Logik“ (“logic involved“). Vielen Dank.

Annette Guckelberger: Zuallererst möchte ich mich für die vielen anregenden Fragen und Anmerkungen bedanken. Die Zeit erlaubt es mir leider nicht, auf alle diese hier umfassend einzugehen. Deswegen bitte ich um Nachsicht, wenn ich mich auf einige Punkte beschränke. Was die ersten Fragen anbetrifft: Wodurch zeichnet sich eine funktionierende Verwaltung aus, wie viel Verwaltungsineffizienz darf es geben? Aus meiner Sicht sind die verschiedenen Vor- und Nachteile des Vollzugs von Gesetzen durch IT-Systeme auf der einen Seite und durch Behördenbedienstete auf der anderen Seite herauszuarbeiten und gegenüberzustellen. So ist etwa zu klären, wo ein persönliches Gespräch einen Mehrwert gegenüber dem automatisierten Vollzug hat. Unter Berücksichtigung der verschiedenen Verfahrensziele ist sodann die geeignetere Art des Gesetzesvollzugs auszuwählen.

Was den in § 35a VwVfG geregelten vollautomatisierten Verwaltungsakt anbetrifft, möchte ich betonen, dass die dort vorgesehene Zulassung durch Rechtsvorschrift ein weiteres Sicherungsinstrument ist und diese Normausgestaltung auch zur demokratischen Legitimation der vollautomatisierten Verwaltungsakte beiträgt. Zumindest bei vollständig automatisierten Verwaltungsakten bin ich der Ansicht, dass das Widerspruchsverfahren wieder mehr gestärkt werden sollte. Je mehr sich der vollständig automatisierte Vollzug durchsetzt, desto mehr sollte auch unter Hinzuziehung des Art. 22 Datenschutz-Grundverordnung jedenfalls bei vollständig automatisierten Verwaltungsakten das Widerspruchsverfahren durch eine Ausnahme vom zwischenzeitlich vielfach abgeschafften Vorverfahren wieder ermöglicht werden, mithin das Vorverfahren erneut an Bedeutung gewinnen.

Hinsichtlich der Rolle, die Juristen bei der Rechtsanwendung zukommt, muss man unterscheiden, um welche Art von zu vollziehenden Rechtsnormen es geht. Es gibt komplexe Rechtsnormen, bei deren Anwendung dem Menschen eine viel größere Bedeutung bei der Ermittlung des Sinngehalts zukommt als bei klaren und einfachen Regelungen.

Dem Vorbringen, dass die Automatisierung zur unauffälligen Privatisierung führt, stimme ich an und für sich zu. Ich selbst bin aber der Ansicht, dass die Verwaltung zunehmend eigene Kompetenzen im IT-Bereich aufbaut und hier auch mit viel größerer Verantwortung ihre Aufgaben wahr-

nehmen muss. Zwar mag es sinnvoll sein, sich für eine Übergangszeit verstärkt Dritter mit ihrem besonderen Fachwissen im IT-Bereich zu bedienen und sich dadurch dann quasi deren Kenntnisse zu Nutze zu machen. Je mehr der Staat aber Abläufe automatisiert oder sogar vollautomatisiert, muss er und insbesondere auch die Verwaltung zunehmend über eigenes Personal verfügen, das mit diesen Neuerungen umgehen und insbesondere auch die Verantwortung in Bezug auf diese Entscheidungsvarianten eigenständig wahrnehmen kann.

Aus Zeitgründen habe ich mich auf die Angabe nur eines wirkmächtigen Treibers des E-Governments, nämlich das Unionsrecht, beschränkt. Dieses übt aus meiner Sicht einen sehr starken Druck dahingehend aus, E-Government auf- sowie auszubauen. Selbstverständlich gibt es zahlreiche andere Gründe, wie den demographischen Wandel oder dass die Menschen immer mehr auch in ihrem Alltag mit digitalen Technologien umgehen und sich daraus entsprechende Erwartungen auch an die Verwaltung ergeben.

Das Sicherheits- und Freiheitsproblem ist angesprochen worden. Ich habe in meinem Vortrag auf einen einjährigen Hackerangriff auf das zentrale Datennetz der Bundesverwaltung hingewiesen, der lange unbemerkt blieb. Wir müssen auf jeden Fall beim E-Government darauf achten, dass Datenschutz und IT-Sicherheit gewährleistet sind. Diese erfordern oft Upgrades, was wiederum gewisse Kosten hervorruft und die Vorteile des E-Governments schmälert. Bei der IT-Sicherheit wird man vermutlich laufend nachbessern müssen und es gibt auch Fälle, die mir bekannt sind, etwa in Bezug auf den unionalen Zollkodex, bei welchen die Konzeption von IT-Systemen nicht im Zeitplan erfolgen konnte, weil man ein Upgrade vornehmen musste: Mit anderen Worten führten die erhöhten sicherheits- und datenschutzrechtlichen Anforderungen zur Verzögerung dieser E-Government-Anwendung.

Was die Abbildung von Recht durch Algorithmen anbetrifft, muss man selbstverständlich darauf achten, wer welche Zuständigkeit hat, wer die Auslegungsbefugnisse hat, inwieweit die Implementierung von Recht in Algorithmen durch Verwaltungsvorschriften erleichtert werden darf.

In Bezug auf den Online-Zugang sehe auch ich in Art. 91c Abs. 5 GG, soweit sein Anwendungsbereich eröffnet ist, eine Spezialregelung, durch welche der Bedeutungsgehalt des Art. 84 Abs. 1 GG zurückgedrängt wird.

Den Rechtsschutz habe ich angesichts des mir gestellten Referatsthemas „E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?" nicht behandelt. Wie gesagt: Dem Widerspruchsverfahren kommt als Zulässigkeitsvoraussetzung für den gerichtlichen Rechtsschutz meines Erachtens eine zentrale Bedeutung zu. Was die gerichtliche Algorithmenkontrolle anbetrifft, kann man aus meiner Sicht durchaus darüber nachdenken, ob man nicht de lege ferenda eine Art abstrakte Normenkontrolle in

Bezug auf Algorithmen einführen sollte, sodass Algorithmen dann Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung sein können.

Was die Anmerkungen zur Künstlichen Intelligenz anbetrifft, bin ich etwas skeptischer und zwar einfach deswegen, weil es zum Beispiel in Australien folgenden Fall gegeben hat: Dort hat ein KI-System über Sozialleistungen entschieden. Von diesem System wurden sehr viele Personen fälschlich als Sozialleistungsbetrüger eingestuft und infolgedessen ergingen rechtswidrige automatisierte Rückforderungsbescheide an zahlreiche Personen. Diese Personen waren dann sehr schnell überfordert und seither ist dort eine gewisse Ablehnung gegenüber der KI zu verzeichnen. Man muss beim Einsatz von KI-Systemen also wirklich aufpassen. Die KI kann Vorteile haben, sie kann aber auch, wenn es schlecht läuft, erhebliche nachteilige Konsequenzen für den Menschen mit sich bringen. Deswegen ist es aus meiner Sicht wichtig, die KI entsprechend unter Kontrolle zu bringen.

Was das Akteneinsichtsrecht anbetrifft, stand ich einfach vor der Frage, was wird aus § 29 VwVfG bei vollautomatisierten Verwaltungsakten? Als § 35a VwVfG eingeführt wurde, hat man das Akteneinsichtsrecht – wohl wegen des Kontextes des Gesetzes zum Steuerrecht, in dem es kein allgemeines Akteneinsichtsrecht gibt – völlig ausgeblendet gelassen. Ich habe mich auf den Standpunkt gestellt, man sollte das Akteneinsichtsrecht in irgendeiner Form weiter behalten. Bei den vollständig automatisierten Verwaltungsakten ist meines Erachtens ein nachträgliches Akteneinsichtsrecht elementar. Wer sich gegen die vollautomatisierten Verwaltungsakte wehren möchte, der muss unter Umständen wissen, wie der vollständig automatisierte Verwaltungsakt zustande gekommen ist. Nur so lässt sich ausmachen, wo Fehler unterlaufen sind. Deswegen wollte ich zumindest mit dem nachträglichen Akteneinsichtsrecht den Einzelnen stärken und habe dieses durch die Forderung ergänzt, dass gegebenenfalls die Dokumentation der IT-Systeme zu erläutern ist. Dadurch werden aber auch wiederum Effizienzvorteile der vollautomatisierten Verwaltungsakte geschmälert.

Dann noch zu dem Einwand, auch der Mensch sei eine Black Box. Ja, bis zu einem gewissen Maße sicherlich auch, aber wir können uns in den Menschen hineinversetzen und wir können aus meiner Sicht gewisse Fehler, die dem Menschen unterlaufen sind, besser nachvollziehen. Wenn wir ganz auf die KI setzen und nicht wirklich wissen, was die KI tut, dann kommt doch ein gewisses Unbehagen auf und aus diesem Grunde bin ich dafür, für die KI andere Maßstäbe anzulegen, als es beim Menschen der Fall ist.

Die Ansicht, dass Algorithmen ihrer Rechtsnatur nach Verwaltungsvorschriften sind, als herrschend zu bezeichnen, hat sich für mich durch eine Auswertung der Literatur ergeben. Davon ausgehend trete ich vehement dafür ein, stärker zwischen Verwaltungsvorschriften und Algorithmen zu

unterscheiden. Denn die Adressaten von Verwaltungsvorschriften und Algorithmen sind verschieden. Das Aufzeigen dieses Unterschieds einschließlich der daraus resultierenden Folgen war für mich ein zentrales Anliegen.

Damit hoffe ich, auf alle wesentlichen Diskussionspunkte eingegangen zu sein. Selbstverständlich stehe ich Ihnen später für weitere Gespräche zur Verfügung. Vielen Dank.

Hanno Kube*: Vielen Dank zunächst für die zahlreichen Beiträge, die die Vielschichtigkeit unseres Themas offenbaren. Ich erlaube mir, ein wenig zu bündeln, und hoffe, damit allen Fragen und Anmerkungen gerecht zu werden.

Einige Beiträge haben aus meiner Sicht ganz zu Recht betont, dass die Digitalisierung der Verwaltung Chancen bietet, aber auch Risiken birgt, also ambivalent ist. Sie kann die Verwaltungseffizienz befördern, für einen objektiven Vollzug sorgen und – das wurde sehr zutreffend hervorgehoben – auch Problemen Rechnung tragen, die sich aus der demographischen Situation und Entwicklung ergeben (funktionaler Analphabetismus; die Abdeckung des ländlichen Raums; die Zugänglichkeit junger Menschen). Demgegenüber ist es ebenso richtig, dass der Algorithmus den Blick auf den Sachverhalt verengt, unzutreffende Verdachtsmomente generieren und zu einem unverhältnismäßigen Null-Toleranz-Vollzug führen kann und zudem die Tendenz hat, sich selbst zu normativieren. Deshalb wird in Zukunft genau zu prüfen sein, wie sich die möglichen Vorteile und Gefahren der Verwaltungsdigitalisierung in den einzelnen Rechtsgebieten darstellen, um entsprechend zu differenzieren. Das Steuerrecht erscheint dabei sehr viel geeigneter für eine weitgehende Digitalisierung des Vollzugs als etwa das Polizeirecht. Wenn eine Vollautomatisierung ausscheidet, bleiben freilich – auch darauf wurde zu Recht hingewiesen – vielfältige Möglichkeiten der teilweisen Automatisierung des Verwaltungsverfahrens. Hier wird in der Praxis möglicherweise sogar der Schwerpunkt liegen. Ein gutes Beispiel für eine solche hybride Gestaltung ist die automatisierte Risikoeinschätzung im Polizeirecht (Preventive Policing), an die sich dann eine menschliche Endentscheidung anschließt.

Soweit das Verwaltungsverfahren digitalisiert und dadurch automatisiert wird, verändert es sich in seinem Charakter. Eingangs unserer Diskussion wurde die hergebrachte Eigenleistung der Verwaltung angesprochen, das Gesetz verständlich zu machen. Diese Leistung tritt bei einer Vollzugsauto-

---

* *Hanno Kube* konnte aus gesundheitlichen Gründen nicht anwesend sein. Sein Referat wurde verlesen. Das Schlusswort hat er auf der Grundlage der Transkription der Diskussionsbeiträge nachträglich verfasst.

matisierung zwingend in den Hintergrund. Genau deshalb ist es eine meiner Thesen, dass das zugrundeliegende Gesetz im Fall der Vollzugsautomatisierung noch größere demokratische und rechtsstaatliche Leistungen erbringen muss als bisher schon. Zugleich wird aber auch über weitere Anpassungen im Bereich der Verwaltung nachzudenken sein. So ist der durch die Elektronisierung bewirkte Verlust der klassischen Akte zu kompensieren; und dies nicht nur zur Befriedigung subjektiver Auskunfts- und Einsichtnahmebegehren, die in der jüngeren Vergangenheit sehr betont wurden, sondern auch und an erster Stelle zur Absicherung einer ordnungsgemäßen Verwaltung. Der Bedarf nach einer brauchbaren und zukunftsfähigen Datenstrukturierung wurde zu Recht geltend gemacht. Was die Verwaltungstransparenz angeht, so teile ich die Einschätzung, dass die Forderung von Algorithmentransparenz schlicht nicht erfüllbar ist. Für den Bürger einzig nachvollziehbar und deshalb unerlässlich bleibt die inhaltliche Begründung der Verwaltungsentscheidung unter Bezugnahme auf das in menschlicher Sprache gefasste Gesetz. Dass wir unabhängig davon ein neuartiges verwaltungsinternes Controlling des automatisierten Vollzugs brauchen, was zu neuen Verwaltungsaufgaben führt, steht daneben für sich.

Mehrfach wurde in der Diskussion auf die Bedeutung des Widerspruchsverfahrens hingewiesen. In der Tat bietet sich das Widerspruchsverfahren an, um dem Bürger die Option einer nachgelagerten menschlichen Befassung in Fällen der Vollzugsautomatisierung zu eröffnen. Insofern ist der flächendeckende Rückbau des Widerspruchsverfahrens kritisch zu sehen. Alternativ kommt allerdings auch in Betracht, eine Aussteuerung in diesem Sinne schon im Ausgangsverfahren zu ermöglichen, wie es etwa im Besteuerungsverfahren vorgesehen ist. Dies kann das Widerspruchsverfahren und die rechtspolitische Auseinandersetzung über seine Zukunft entlasten, vorbehaltlich der Tragweite von Art. 22 DSGVO.

Ob der Rechtsschutz auf die Prüfung systemischer Fehler des Algorithmus umgestellt werden sollte, erscheint mir fraglich. Denn der Maßstab bleibt das Gesetz; der rechtsschutzerhebliche Prüfungsgegenstand bleibt die Verwaltungsentscheidung dem Bürger gegenüber. Wie die Entscheidung zustande gekommen ist, wie der Algorithmus also gearbeitet hat, ist im Wesentlichen Verwaltungsinternum.

Einige Fragen befassten sich mit der Natur der Subsumtion. Ich teile die Ansicht, dass die Anwendung des in menschlicher Sprache abgefassten Rechts ein hochkomplexer Vorgang ist und dass die Fähigkeit zur Rechtsanwendung die Juristin und den Juristen in besonderer Weise auszeichnet. Juristen sind deshalb gerade keine Subsumtionsautomaten, sondern unterscheiden sich fundamental von Automaten, was zugleich die Möglichkeiten der automatisierten Rechtsanwendung begrenzt. Dies heißt meines Erachtens aber auch nicht, dass sich die Rechtsfindung heute in „dialogische Pro-

zesse“ auflösen würde. Maßgeblich sind das geschriebene Recht und die hergebrachten und stetig weiterentwickelten juristischen Methoden zu seiner Auslegung.

Natürlich ist der Mensch von Einflüssen nicht frei. Die Rechtspsychologie ist deshalb ein wichtiges Forschungsgebiet. Dies rechtfertigt es aus meiner Sicht aber nicht, den menschlichen Rechtsanwender als black box zu bezeichnen, so wie sich ein komplexer Algorithmus und insbesondere ein machine learning-System als black box darstellt. Der Mensch ist an die Auslegungsgrundsätze gebunden, die er – anders als die Maschine – versteht; und der Verwaltungsbeamte hat – anders als die Maschine – ein Amtsethos.

Eine große Herausforderung ist die im Zuge der Digitalisierung der Verwaltung wachsende Bedeutung privater Unternehmen, die mehrfach angesprochen wurde. Dass private Unternehmen im privaten Interesse, vor allem gewinnorientiert agieren, ist als solches legitim, begründet aber das Erfordernis einer klaren Abgrenzung zur Sphäre des Gesetzesvollzugs. Weil die Gefahr groß ist, dass sich der Staat bei Nutzung privater, zumal dem Geheimnisschutz unterliegender Software in ganz erhebliche Abhängigkeiten begibt, möchte ich hier den Vorschlag unterbreiten, dass der Staat anstreben sollte, stärker als bislang eigene Software zu entwickeln. Genauso wie es ein Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik gibt, sollte es staatliche Behörden zur Entwicklung von Vollzugssoftware oder jedenfalls zur substantiellen Anpassung marktgängiger Software geben. Die föderale Verteilung der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen ist dabei freilich zu beachten. Weil Vollzugsalgorithmen ein Instrument des Verwaltungsvollzugs sind, liegen die Einrichtung und Nutzung dieser Algorithmen vorbehaltlich ausdrücklicher anderweitiger Zuweisung in der Kompetenz der Gebietskörperschaft, die im konkreten Fall für den Verwaltungsvollzug zuständig ist. Dass die IT-Vernetzung ein hohes Maß an Koordination im Bundesstaat erfordert, hatte ich ausgeführt. Insofern mag eine weitere Zentralisierung von Kompetenzen zur Standardisierung der Systeme erforderlich sein; dies aber nach Maßgabe klarer verfassungsrechtlicher Regelungen entsprechend Art. 91c GG.

Die Abgrenzung gegenüber der Privatwirtschaft und weitergehend gegenüber der Gesellschaft ist daneben auch insoweit erheblich, als die Bürger vor allzu intensiven Eingriffen durch die digitalisierte Staatsverwaltung geschützt werden müssen. Wenn darauf hingewiesen wird, dass sich die Regulierungsgegenstände im Zuge der Digitalisierung verändert haben, ist dies sicherlich zutreffend und auch der richtige Ausgangspunkt für die Ausgestaltung eines sachgerechten E-Government. Ob das technisch Machbare aber auch freiheitsgerecht ist, steht demgegenüber auf einem anderen Blatt. Staatliche Interventionen in private Gestaltungen oder auch Betriebs-

abläufe „in Echtzeit“ scheinen mir freiheitsgrundrechtlich, gerade auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit, prüfungsbedürftig.

Schließlich noch ein Wort zum Datenschutz: Der Datenschutz ist ein großes eigenes Thema, das heute nicht im Mittelpunkt stand. Je stärker die Staatsverwaltung auch in sensiblen Bereichen digitalisiert und automatisiert wird, desto drängender stellt sich die Frage nach dem Datenschutz, allgemeiner formuliert nach der IT-Sicherheit. Die Gefahr des Hackings durch private oder auch ausländische hoheitliche Einrichtungen wird über die Zeit eher noch anwachsen. Dies muss bei der Entscheidung über das Ob und Wie von E-Government immer mitbedacht werden. Der Datenschutz ist zugleich ein weiteres gewichtiges Argument für die Entwicklung staatseigener Vollzugssoftware.

Im Ganzen wird es bei der weiteren Digitalisierung der Verwaltung auf das richtige Augenmaß ankommen. Die Technik schreitet immer weiter voran und die Versuchung wird auch in Zukunft groß sein, diese Technik zur Effektivierung der Staatsgewalt einzusetzen. Es bedarf deshalb umso mehr einer bewussten und kontrollierten Gestaltung des Technikeinsatzes. Zentrales Gestaltungsinstrument ist das allgemeine Gesetz, das sich auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite für die Voll- oder Teilautomatisierung des Vollzugs öffnen oder sich einer solchen Automatisierung verschließen kann – je nachdem, ob die Subsumtion und die Rechtsfolgensetzung im konkreten Rechtsgebiet auf maßvolles, menschliches Entscheiden angewiesen sind oder nicht. Es liegt in unserer Hand, die Technik in den Dienst des menschlich gesetzten Rechts und seines Vollzugs zu stellen, sie für ein gelingendes Gemeinschaftsleben und zur Eröffnung neuer Freiheitsräume nutzbar zu machen. Uns einer technisch generierten Normativität und einer entmenschlichten Verwaltung auszuliefern, wäre dagegen mit den Prinzipien der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit, letztlich mit der Menschenwürde, nicht zu vereinbaren. Vielen Dank.

Vierter Beratungsgegenstand:

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?*

1. Referat von *Gernot Sydow*, Münster

Inhalt

* Für einen vielfältig bereichernden Gedankenaustausch und kritische Hinweise zum Manuskript dankt der Berichterstatter *Olivier Jouanjan, Ralf Peter Schenke* und seinen Münsteraner Fakultätskollegen *Stefan Arnold, Oliver Lepsius, Janbernd Oebbecke, Bodo Pieroth, Sabine Schlacke, Hinnerk Wißmann* und *Fabian Wittreck*, für Unterstützung von der Materialrecherche bis zum Abschluss des Manuskripts den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern seines Lehrstuhls, für Verständnishilfen in Bezug auf die humangenetischen und medizinischen Zusammenhänge und für zahlreiche Hinweise auf die reproduktionsmedizinische Praxis mehreren Medizinerinnen aus dem eigenen Freundeskreis.

I. Problemaufriss

Die Fortpflanzungsmedizin[1] verheißt die Erfüllung sehnlichster Wünsche und löst zugleich apokalyptische Ängste aus.[2] So illusorisch manche Hoffnung, so ungetrübt von Sachkenntnis mancher Einwand.[3] Jede

---

[1] Je nach Zählung von Varianten gibt es 10 bis 20 reproduktionsmedizinische Verfahren oder Techniken; das Standardmedizinlehrbuch von *Klaus Diedrich/Michael Ludwig/Georg Griesinger* (Hrsg.) Reproduktionsmedizin, 2013, stellt 17 verschiedene reproduktionsmedizinische Behandlungsverfahren dar (Kap. 10 bis 26).

[2] Vgl. *Robert G. Lee/Derek Morgan* Human Fertilisation & Embryology, 2001, 12: In der modernen Reproduktionsmedizin erblickten manche das Armageddon der Apokalypse.

[3] Diskurse zur Reproduktionsmedizin sind in einem auffälligen Maße von Argumenten geprägt, die den Kern der Sache nicht treffen. Gegenansichten werden verzerrt dargestellt und argumentativ verfehlt. Denn Extrempositionen lassen sich besser widerlegen, vor allem, wenn sie niemand vertritt. So wäre beispielsweise „Anspruch auf Wunschkinder" (*Reinhard Müller* Die im Dunkeln schützen, FAZ, 12.12.2017, 1), dem Vertreter liberaler Regelungen angeblich das Wort reden, in der Tat ein Ding der Unmöglichkeit, schon weil sich der Anspruch mangels korrespondierender Pflichten gegen niemanden richten könnte. Es ist indes nicht erkennbar, wer einem solchen Anspruch auf Wunschkinder überhaupt das Wort reden soll und wessen Position demzufolge widerlegt werden könnte; vgl. *Thomas Gutmann* Rechtsphilosophische Reflexionen zum gegenwärtigen Stand des österreichi-

Regelung steht vor multiplen Herausforderungen: die Menschenwürde zu sichern, Freiheit und Autonomie zu gewährleisten, Gleichheit herzustellen, Schutz und Vorsorge gegen Risiken zu treffen. Wie einfach wäre es, wenn es nur um diese grundrechtliche Quadratur des Kreises ginge! Doch im Recht der Reproduktionsmedizin bündeln sich zahlreiche weitere große Streitfragen:

- über den Wert feministischer Ansätze in der Rechtswissenschaft;
- über das Verhältnis von Recht und Religion;
- über Fragen globaler Gerechtigkeit im Rahmen der s*ustainable development goals* der UN;[4]
- über die Akzeptanz homosexueller Lebensformen, speziell in Bezug auf Elternschaft.

Wie könnte in diesem multiplen Spannungsverhältnis ein Regelungsauftrag wahrgenommen werden? Wer ist Adressat eines solchen Regelungsauftrags und woher leitet sich der Regelungsauftrag ab? Das soll rechtsvergleichend für Deutschland, Frankreich und Großbritannien untersucht werden.

Ohne dass man die Regelungen eines Staates auf einer schlichten eindimensionalen Skala abbilden könnte, kann man als erste Orientierung zur Rechtslage sagen: Großbritannien hat sehr liberale Regelungen zur Reproduktionsmedizin[5], Frankreich recht restriktive, Deutschland deutlich restriktive.[6] Die britische Rechtslage ist schnell auf den Punkt zu bringen:

---

schen Fortpflanzungsmedizinrechts, in: Stefan Arnold et al. (Hrsg.) Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik, 2016, 45 (46): Es geht allein darum, „nicht durch gesetzliche Verbote an der Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts in Fragen der eigenen Fortpflanzung gehindert zu werden." Der Vorwurf von Rationalitätsdefiziten (ebd. 58, dort als Vorwurf an den deutschen Gesetzgeber) ist schnell bei der Hand. Die verbreitete Emotionalität der Diskurse ist ein Hinweis auf die Wertgebundenheit der Positionen. Da es um Verluste des Selbstverständlichen und bisher Unverfügbaren geht, sind heftige Reaktionen nicht weiter erstaunlich und erwartbar. Folge ist ein ausgeprägtes Bedürfnis, die eigenen Positionen schon prophylaktisch gegen Missverständnisse zu schützen und darzulegen, wie die eigenen Ausführungen *nicht* zu verstehen seien. Das Problem trifft differenzierte Ansichten im Zweifel stärker als Radikalpositionen.

[4] Zum Widerspruch zu den Sustainable Development Goals der UN: *Generalversammlung der UN* Resolution vom 25. Sept. 2015 „Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development", A/Res/70/1, insb. Goal 5.6 <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E> (Stand 11.10.2018).

[5] Das wirkt sich auch in der psychologischen Akzeptanz der Begrifflichkeiten aus: Reproductive autonomy oder procreative autonomy, dieser Anfang der 1990er Jahre von Dworkin (*Ronald Dworkin* Life's Dominion, 1993, 148) geprägte Begriff, ist in Großbritannien eine eingeführte Begrifflichkeit, die dort wenig Aufregungspotential hat.

[6] Eine Qualifizierung der deutschen Rechtslage als „äußerst" restriktiv (etwa *Jens Kersten* Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Reproduktionsmedizin, NVwZ 2018, 1248 [1248]) übersieht, dass auch in Deutschland gerade wichtige reproduktionsme-

keinerlei Verbote für Methoden von medizinischer Relevanz.[7] Als einzige Ausnahme ist das Arrangieren einer *bezahlten* Leihmutterschaft strafbar.[8] Anders hingegen in Frankreich und Deutschland: Im Zweifel führen ein Vorsichtsprinzip und Schutzkonzepte zu Verboten, in Deutschland teilweise noch weitergehend als in Frankreich, beispielsweise auch mit einem Verbot der Eizellspende.[9]

Es geht im folgenden Beitrag primär um einen Strukturvergleich der Rechtsordnungen. Im Zentrum des Interesses steht nicht so sehr und vor allem nicht flächendeckend, *was* die drei Staaten im Einzelnen alles geregelt haben[10] oder regeln sollten,[11] sondern *wie* und *warum* sie zu ihren

---

dizinische Verfahren von zentraler Relevanz ohne weiteres zulässig sind (insb. In-Vitro-Fertilisation [IVF] und Samenspende), zudem weitere Verfahren von medizinischer Relevanz mit materiellen und prozeduralen Vorkehrungen (insb. Präimplantationsdiagnostik mit dem Erfordernis der Zustimmung einer Ethikkommission bei Risiken schwerer Erbkrankheiten, § 3a Embryonenschutzgesetz [ESchG], §§ 4 ff. Präimplantationsdiagnostikverordnung [PIDV], zudem die Embryonenspende, soweit es sich um „überzählige" Embryonen aus einer IVF handelt, vgl. § 1 Absatz 1 Nr. 2, 6 ESchG).

[7] Grundlegende Bedeutung für die liberale britische Rechtslage hatte der sog. Warnock Report (benannt nach der Berichterstatterin): *Department of Health & Social Security* Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, 1984; nachfolgende Urteile zur Zulässigkeit von In-Vitro-Fertilisation und Präimplantationsdiagnostik: Court of Appeal (Civil Division), 16.05.2003, The Queen (on the Application of Quintavalle) v Human Fertilisation and Embryology Authority, [2003] EWCA Civ 667, und House of Lords, 28.04.2005, The Queen (on the Application of Quintavalle) v Human Fertilisation and Embryology Authority, [2005] 2 A.C. 561; zur Frage der Zulässigkeit des therapeutischen Klonens: Court of Appeal (Civil Division), 18.01.2002, R. (on the application of Quintavalle) v Secretary of State for Health, [2002] EWCA Civ 29, sowie House of Lords, 13.03.2003, R. (on the application of Quintavalle) v Secretary of State for Health, [2003] UKHL 13; zur Stammzellenforschung: *UK Department of Health* Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility, 2000 <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20120907200018/http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_4065085.pdf> (11.10.2018), sowie *Parliamentary Office of Science and Technology* Stem Cell Research, in: postnote No. 174, 2002.

[8] Surrogacy Arrangements Act 1985; danach ist es auch verboten, für Schwangerschaftsfremdaustragung zu werben, entsprechende Verträge sind nicht bindend; zu den britischen Leihmutterschaftsregelungen *Katherine Wade* The Legal Regulation of Surrogacy in the UK: A Children's Rights Perspective, Child and Family Law Quarterly 29 (2017), 113. Weitere gesetzliche Verbote finden sich nur für Techniken, die jenseits der Tabugrenze liegen dürften: die Übertragung eines menschlichen Embryos in ein Tier, verboten nach sec. 3 (3b) Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFEA 1990) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf> (Stand 11.10.2018).; ein weiteres Verbot besteht zudem für das Klonen von Menschen zu Reproduktionszwecken.

[9] § 1 Abs. 1 ESchG.

[10] Überblicksdarstellungen zum französischen und britischen Recht bspw. für die Stammzellenforschung: *Hinner Schütze* Embryonale Stammzellen, 2007, 19 ff., 88 ff.; für die Leihmutterschaft: *Anna Lina Gummersbach* Die Leihmutterschaft im französischen

reproduktionsmedizinischen Regelungen kommen: Welchen Zielen soll die Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin dienen, welche Erwartungen werden an den Gesetzgeber herangetragen?

II. Regelungsaufträge im Bereich der Reproduktionsmedizin im Rechtsvergleich

1. Adressat eines reproduktionsmedizinischen Regelungsauftrags

a) Ausgangspunkt: Dominanz nationaler Rechtsetzung

Internationale Regelungen und europarechtliche Vorgaben[12] gibt es kaum. Das Recht der Reproduktionsmedizin eignet sich daher für einen

---

Recht, bzw. *Sebastian Schwind* Regulierung der Leihmutterschaft im Vereinigten Königreich, in: Beate Ditzen/Marc-Philippe Weller (Hrsg.) Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, 101 ff. bzw. 117 ff., *Louis Perreau-Saussine/Nicolas Sauvage* sowie *Michael Wels-Greco* in: Katarina Trimmings/Paul Baumont, International Surrogacy Arrengements – Legal Regulation at the International Leve, 2013, 119 ff. bzw. 367 ff. sowie *Michael Coester* Ersatzmutterschaft in Europa, in: Heinz-Peter Mansel et al. (Hrsg.) FS Jayme, Bd. II, 2004, 1242 ff.; Folgefragen reproduktionsmedizinischer Behandlungen – etwa Informationsrechte des Kindes hinsichtlich der eigenen genetischen Abstammung – werden im Folgenden nicht thematisiert, dazu bspw. für die Rechtslage in Großbritannien *Eric Blyth* Access to genetic and birth origins information for people conceived following third party assisted conception in the United Kingdom, International Journal of Children's Rights 20 (2012), 300 ff.; dasselbe gilt für Erstattungsregelungen im Recht der Krankenkassen, dazu u.a. BSG, NJW 2002, 1517, und BGH, NJW 2017, 2348, sowie *Jan D. Lüttringhaus* In Deutschland verbotene reproduktionsmedizinische Auslandsbehandlungen und Versicherungsschutz durch private Krankenversicherungen, FamRZ 2017, 2005.

[11] Regelungsbedarf besteht für jede einzelne der zehn bis 20 reproduktionsmedizinischen Behandlungstechniken (Fn. 1) jeweils für mehrere Fragenkomplexe: erstens für die Grundsatzentscheidung, ob ein Verfahren prinzipiell für zulässig oder für generell unzulässig erklärt wird; das erfordert reproduktionsmedizinspezifische Wertungen; zweitens für die Indikationen, also darum, wer in welcher Konstellation und unter welchen Voraussetzungen Zugang zu prinzipiell zulässigen Verfahren hat; drittens für akzessorische Regelungen, die bisweilen eine erhebliche Steuerungswirkung haben können, etwa das Leistungsrecht gesetzlicher Krankenkassen; viertens für Folgeregelungen, insbesondere familienrechtlicher Natur. Bezüglich des dritten und vierten Regelungskomplexes besteht zudem Regelungsbedarf für Auslandsbehandlungen, insbesondere dann, wenn die Behandlung als solche oder in der gegebenen Personenkonstellation im Inland verboten ist.

[12] RL 2004/23/EG (über menschliche Gewebe und Zellen), umgesetzt durch Gewebegesetz (GewebeG) vom 20.7.2007, das ein reines Mantelgesetz ist und u.a. das Arzneimittelgesetz (AMG), das Transplantationsgesetz (TPG) und das Transfusionsgesetz (TFG) geändert hat; es enthält zumindest auch für Reproduktionsmedizin relevante Regelungen über Umgang, Kryokonservierung etc. von Keimzellen: Kernregelung über Samenbanken; Vorschlag für weitreichende europarechtliche Harmonisierung bei *Magdalena Flatscher-Thöni/Caroline Voithofer* Should Reproductive Medicine Be Harmonized Within Europe?,

Vergleich nationaler Regelungskonzeptionen sehr gut. Denn der Rechtsvergleich wird kaum durch supranationales Recht gestört.[13]

Jenseits der Liberalisierungswirkung, die die europäischen Grundfreiheiten für Auslandsbehandlungen haben,[14] ist einige Rechtsprechung des EGMR auf der Grundlage der EMRK zu nennen.[15] Völkerrechtliche

---

European Journal of Health Law 22 (2015), 61 (72 ff.), differenziert dazu *Guido Pennings* Legal harmonization and reproductive tourism in Europe, Human Reproduction 19 (2004), 2689 ff.

[13] Vielleicht gerade deshalb sind die Diskurse zur Reproduktionsmedizin in einem hohen Grad rechtsvergleichend geprägt. Es gibt kaum einen anderen Rechtsbereich, in dem es in ähnlicher Weise zum Standard gehört, die Regelungen anderer Staaten und fremdsprachige Literatur heranzuziehen. Natürlich sind die Ambitionen dabei unterschiedlich – mal findet sich ein eher anekdotischer Hinweis darauf, was in Indien so alles erlaubt sei, häufig wird der Anspruch an eine methodisch abgesicherte Rechtsvergleichung aber auch eingelöst. Insgesamt zeichnen sich die Diskurse – in Deutschland nicht anders als in Frankreich oder Großbritannien – durch einen ungewöhnlich hohen Anteil rechtsvergleichender Fragestellungen aus. Offenbar ist es so, dass gerade das weitgehende Fehlen supra- und internationalrechtlicher Vorgaben dazu führt, dass die Kontingenz des Diskurses und der rechtlichen Regelungen im eigenen Staat bewusst reflektiert wird. Kompensatorische Anstrengungen in der Rechtsvergleichung, zumindest in der Wahrnehmung ausländischer Regelungskonzeptionen und Diskussionen, sind daher in diesem Feld weit verbreitet. Die Diskurse über die Regulierung der Reproduktionsmedizin können wir uns deshalb nicht als national oder sprachlich geschlossene Diskurse vorstellen. Argumente, Regelungskonzeptionen etc. aus anderen Staaten sind durchweg präsent. Gleichwohl unterscheiden sich die Diskurse in der Bedeutung, die einzelnen Argumenten zugemessen wird etc. Hier zeigen sich nationale Prägungen, andere historische Erfahrungen, unterschiedliche verfassungsrechtliche Vorgaben und nationale Diskursstrukturen.

[14] Zur Erfassung medizinischer Auslandsbehandlungen durch die Dienstleistungsfreiheit EuGH, 28.4.1998, Rs. C-158/96 (Kohll); Einordnung dieser grundfreiheitlichen Sicht auf Auslandbehandlungen in größere gesundheitspolitische Kontexte durch *Tamara K. Hervey/ Jean V. McHale* Law, health and the European Union, Legal Studies 25 (2005), 228 (insb. 257 zu reproduktionsmedizinischen Auslandsbehandlungen); zur tatsächlichen Nutzung der dadurch eröffneten Möglichkeiten reproduktionsmedizinischer Auslandsbehandlungen innerhalb der EU *Francoise Shenfield et al*. Cross border reproductive care in six European countries, Human Reproduction 25 (2010) 1361; zur Ablehnung von Erstattungsansprüchen für reproduktionsmedizinische Auslandsbehandlungen, die im Inland verboten sind, BSG, NJW 2002, 1517 (gesetzliche Krankenversicherung) und BGH, FamRZ 2017, 1365 (mit Anm. *Lüttringhaus* Auslandsbehandlungen (Fn. 10), 2005); zu weiterer EuGH-Rechtsprechung mit reproduktionsmedizinischen Bezügen *Stéphanie Hennette-Vauchez* Human Embryos as Persons in EU Law, in: Loïc Azoulai/Ségolène Barbou des Places/ Etienne Pataut (Hrsg.) Constructing the Person in EU Law: Rights, Roles, Identities, 2016, 259 (266 f.). Zu den Motiven für Reproduktionsreisen und den bevorzugten Zielstaaten am Beispiel von Bürgern des Vereinigten Königreichs *Lorraine Culley et al*. Crossing borders for fertility treatment: motivations, destinations and outcomes of UK fertility travellers, Human Reproduction 26 (2011), 2373 ff.

[15] Überblick über EGMR-Rechtsprechung zu reproduktiven Rechten und der Nutzung reproduktionsmedizinischer Verfahren bei *Flatscher-Thöni/Voithofer* Reproductive Medi-

Abkommen speziell zur Reproduktionsmedizin kommen mangels internationalen Konsenses erst gar nicht zu Stande oder werden nur von wenigen

---

cine (Fn. 12), 68 ff.; kritische Diskussion zur Österreich betreffenden EGMR-Rechtsprechung, nach der das Verbot der IVF mit gespendeten Gameten mit der EMRK kompatibel ist (EGMR, 3.11.2011, S.H. and Others v. Austria, No. 57813/00), durch *Mike Sanderson* A New Approach to Sex-Based Classifications in the Context of Procreative Rights: S.H. & Others v. Austria in Context, European Journal of Health Law 20 (2013), 21. Die EGMR-Rechtsprechung betrifft im Übrigen vor allem zwei Einzelfragen:
a) den Personenstand von Kindern nach Leihmutterschaft im Ausland, dazu keine Verurteilung Italiens durch EGMR, das eine russische Entscheidung zu Gunsten italienischer Wunscheltern nicht anerkennen wollte (EGMR, 27.1.2015, Paradiso und Campanelli v. Italien, No. 25358/12); Überblick bei *Tobias Helms* Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, 114; vertiefend für die Schweiz: *Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Öffentliches Recht, Fachbereich Rechtsetzungsbegleitung I* Gutachten vom 15. Mai 2013 über „Anerkennung ausländischer Entscheide, durch die gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis erstellt wird: Verfassungsmäßigkeit und Vereinbarkeit mit dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes", Abdruck in: Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 zur Leihmutterschaft <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-11-29/ber-br-d.pdf.> (Stand 11.10.2018); zudem zwei Urteile der französischen *Cour de Cassation* aus 2013 (Cour de Cassation, 13.9.2013, Nr. 12-30.138 und Nr. 12.18-315 <www.legifrance.gouv.fr> (Stand 11.10.2018), Urteilsdiskussion bei *Frédérique Ferrand et al.* Entwicklungen im französischen Familienrecht 2013–2014, FamRZ 2014, 1506 [1507]). Es ging um das Problem des Personenstands von Kindern nach einer Leihmutterschaft im Ausland. Die *Cour de Cassation* rekurriert auf das gesetzliche Verbot der Leihmutterschaft in Frankreich und sieht in der ausländischen Leihmutterschaft einen Fall der Gesetzesumgehung, *fraus legis, fraude de la loi*. Wegen dieses Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot könnten die Kinder den französischen Wunscheltern nicht familienrechtlich zugeordnet werden, weil das die Gesetzesumgehung perpetuieren würde. Den im Gerichtsverfahren vorgetragenen Einwand, dass das Wohl des Kindes ein anderes Ergebnis gebiete, hat der Kassationshof ausdrücklich zurückgewiesen. Die Diktion des Kassationshofs klingt rigoristisch und ist tatsächlich rigoros. Durchgesetzt wird die formale Beachtung der französischen Rechtsordnung. Eine Abwägung mit dem Kindeswohl oder Elternrechten wird ausdrücklich verweigert. Nach – französischen – Kommentaren zu dieser Rechtsprechung platziert die *Cour de Cassation* diese Kinder dort, wo einst die schuldlos Ungetauften vermutet wurden: im Limbus, in der „Vorhölle des Rechts" (Zitat nach *Paul Lagarde* Die Leihmutterschaft – Probleme des Sach- und Kollisionsrechts, ZEuP 2015, 233 [239]). Errettet hat sie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der Frankreich wegen dieser Rechtsprechung verurteilt hat, und zwar wegen Verstoßes gegen das Recht auf Achtung des Familienlebens. Die *Cour de Cassation* hat ihre Rechtsprechung 2015 entsprechend korrigiert (Nachweise: *Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé*, Konsultationspapier Nr. 126 vom 15. Juni 2017, „Avis du CCNE sur les demandes sociétales des recours à l'assitance médicale à la procreation (AMP)", 37 ff. <www.ccne-ethique.fr> (Stand 11.10.2018).
b) Zugangsanspruch homosexueller Paare zu reproduktionsmedizinischen Verfahren: Der EGMR verneint ein solches Recht aus der EMRK mit der Folge, dass auch diese Frage in nationaler Regelungshoheit verbleibt; dazu EGMR, 15.3.2012, Gas et Dubois v. France, No. 25951/07; zudem auch EGMR (GK), 3.11.2011, SH et autres v. Autriche, No. 57813/00 sowie – allerdings ohne Sachentscheidung mangels Erschöpfung des inner-

Staaten ratifiziert: Die unmittelbar einschlägige Europaratskonvention von Oviedo zur Biomedizin[16] ist nur von Frankreich, nicht aber von Deutschland oder Großbritannien ratifiziert.[17] Den Briten ist sie zu restriktiv, Deutschland hält sie für zu liberal. Schließlich ist ein aktuelles Projekt der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht zu bezahlten Auslandsleihmutterschaften zu verzeichnen.[18] Aber so drängend eine Regelung wäre, so wenig ist ein internationales Abkommen in Sicht.[19] Wir haben es also ganz überwiegend mit nationaler Rechtsetzung zu tun.[20]

---

staatlichen Rechtswegs – EGMR, 16.1.2018, Charron et Merle–Montet v. France, No. 22612/15.

16 Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates vom 4. April 1997; dazu *Flatscher-Thöni/ Voithofer* Reproductive Medicine (Fn. 12), 67 ff.

17 <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=dKSrZGVS> (Stand 11.10.2018).

18 <https://www.hcch.net/de/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/> (Stand 11.10.2018); dazu *Katarina Trimmings/Paul Beaumont* International Surrogacy Agreements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level, Journal of Private International Law 7 (2011), 627, *Paul Beaumont/Katarina Trimmings* Regulating International Surrogacy Agreements, International Family Law 2012, 125; *Erin Nelson* Global Trade and Assisted Reproductive Technologies: Regulatory Challenges in International Surrogacy, Journal of Law, Medicine & Ethics 41 (2013), 240; *Daniel Gruenbaum* Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat, American Journal of Comparative Law 60 (2012), 475 (488 ff.); *Martin Engel* Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?, in: Katharina Boele-Woelki/Nina Dethloff/Werner Gephart (Hrsg.) Family Law and Culture in Europe, 2014, 199; zu den abstammungsrechtlichen Fragen von Auslandsleihmutterschaften *Konrad Duden*, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts, 2015, *ders*., International Surrogate Motherhood, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 23 (2015), 637.

19 Zum Regelungsbedarf auf internationaler Ebene *Katharina Boele-Woelki*, (Cross-Border) Surrogate Motherhood: We need to take action now, in: A Commitment to Private International Law – Esseys in Honour of Hans van Loon, 2013, 47 ff.; bis 2020 sind auf der Ebene der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht zunächst weitere Expertenkonferenzen zur Vorbereitung eines völkerrechtlichen Abkommens terminiert.

20 Diese Dominanz einzelstaatlicher Regelungen schafft freilich ein Problem, vor allem in Bezug auf das reproduktive Reisen, leicht pejorativ Fortpflanzungstourismus genannt. Er ist nicht generell problematisch, sondern unter dem Aspekt eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen (u.a. *Karl M. Meessen* Prinzip Wettbewerb, JZ 2009, 697 (703 ff.); zudem *Anne Peters* bzw. *Thomas Giegerich* Wettbewerb von Rechtsordnungen, VVDStRL 69 (2010), 7 bzw. 57) und der Wahlfreiheit für den Einzelnen nützlich. Dass die Steuerungskraft des nationalen Rechts an der Staatsgrenze endet, wird indes zu einer ethischen Herausforderung und zu einem Rechtsproblem spätestens nach Rückkehr ins Inland. In der Regel geht es um den Personenstand von Kindern nach einer ausländischen Leihmutterschaft; rechtsvergleichender Überblick dazu bei *Helms* Leihmutterschaft (Fn. 15), 114; vertiefend für die Schweiz: *Bundesamt für Justiz* Gutachten vom 15. Mai 2013 (Fn. 15).

b) *Funktionale Surrogate des deutschen Staatskonzepts*

Nach einem Regelungsauftrag „für den Staat“ kann man allerdings nur in Bezug auf die deutsche Rechtsordnung und auf der Basis des deutschen Staatskonzepts fragen. Der britischen Rechtsordnung ist dieses Konzept des Staates bekanntlich fremd. Funktional treten teilweise *the crown*, teilweise *government* an seine Stelle, ohne dass das jeweils deckungsgleiche Konzepte wären. Frankreich spricht von der *république* oder der *nation*, durchaus auch vom *état républicain*, so dass das Staatskonzept zwar vorhanden, aber der Staatsbegriff doch anders qualifiziert, mit anderen Bedeutungsgehalten aufgeladen ist.

Rechtsvergleichend ist also Vorsicht geboten. Das ist nicht so sehr eine terminologische, sondern vor allem eine inhaltliche Frage. Denn hinter den Begriffen stehen andere Konzepte: andere Staatsverständnisse und Staatsaufgabenlehren, andere Vorstellungen, was den Staat, was *government* oder die *république* eigentlich ausmacht, wozu sie berufen sind, wie sie agieren. Daraus leiten sich andere Erwartungen an die Gesetzgebung oder an hoheitliche regulatorische Maßnahmen zur Reproduktionsmedizin ab.

2. *Regelungsziele und Erwartungen an die Gesetzgebung*

a) *Deutschland: Das Recht der Reproduktionsmedizin als konkretisiertes Verfassungsrecht*

Den Regelungsauftrag für den Staat wird man in Deutschland weitgehend darin erblicken müssen, die materiellen Vorgaben der Verfassung auszubuchstabieren: insbesondere die Grundrechtspositionen aus Art. 1, 2, 3 des Grundgesetzes zu achten, vor allem das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Ausdruck des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts,[21] dies in einen Ausgleich mit anderen Verfassungspositionen zu bringen und dabei verfassungsrechtlichen Schutzaufträgen zu genügen. Welche Position auch immer man betont – stets wird von verfassungsrechtlichen Regelungsaufträgen aus gedacht und argumentiert:[22] Das Recht der Reproduktionsmedizin als konkretisiertes Verfassungsrecht.

---

[21] Zum Gewährleistungsinhalt *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 6), 1249.

[22] Bspw. jüngst *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 6), 1248: „verfassungsrechtlicher Anspruch auf ein Fortpflanzungsmedizinrecht, das die aktuellen biowissenschaftlichen und bioethischen Entwicklungen normativ reflektiert“, ebenso *Christian F. Majer* Die Vermietung des eigenen Körpers – Verträge über Leihmutterschaft und Prostitution, NJW 2018, 2294 (2295 f., 2298 zur Leihmutterschaft); seltene Ausnahme: *Elisabeth Beck-Gernsheim* Ist das Embryonenschutzgesetz anachronistisch geworden? Sollen wir das Verbot von Leihmutterschaft aufheben?, in: Beate Ditzen/Marc-Philippe Weller (Hrsg.) Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, 47.

Natürlich ist das alles umstritten: die Konstitutionalisierung – oder Überkonstitutionalisierung – im Allgemeinen und die Schutzpflichtendogmatik im Besonderen. Am Ende lesen wir die Argumente zur Reproduktionsmedizin vielleicht eher in das Grundgesetz hinein, als dass wir sie aus der Verfassung ableiten könnten. Aber gerade im Kontrast zu den anderen Staaten prägt diese Konstitutionalisierung doch sehr deutlich den Handlungsrahmen des deutschen Gesetzgebers unter Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht.[23] Der Handlungsrahmen wird materiell abgesteckt und steht prinzipiell fest. Die Wertdebatte[24] wird in aller Regel mit verfassungsrechtlichen Argumenten geführt, als Konflikt über Verfassungsnormen und deren Auslegung.

Frankreich und Großbritannien kennen demgegenüber kaum verfassungs- oder grundrechtsbezogene Diskurse zur Reproduktionsmedizin. Eine abschließende Erklärung dafür wird man kaum finden, wenn man allein auf Unterschiede im normhierarchischen Rang der jeweiligen Grundrechtsdokumente verweist oder auf die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit und auf die verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstäbe gegenüber Parlamentsgesetzen.[25] Man *könnte* auch in Frankreich und Großbritannien grundrechtlich argumentieren, vor allem mit Blick auf die EMRK. Die Erwartungen an die Gesetzgeber im Bereich der Reproduktionsmedizin leiten sich aber vorrangig aus anderen Überlegungen ab.

---

[23] Einen Vorteil hat die deutsche Neigung, den Wertkonflikt über das Recht der Reproduktionsmedizin als Konflikt über Verfassungsnormen zu führen: Der Konflikt wird dadurch aus der Unlösbarkeitsfalle herausgeführt, in der Wertkonflikte vielfach gefangen sind. Er wird dadurch verfassungsgerichtlich entscheidbar, freilich an Hand eines materiellen, prinzipiell statischen Maßstabs, der Verfassung, in der Interpretationshoheit des Bundesverfassungsgerichts.

[24] Instruktiv zur Unterscheidung von Wert- und Interessenkonflikten bzw. Varianten und Alternativen, z.B. teilbare/nicht teilbare Konflikte etc. (und mit historischem Überblick seit dem Begründer dieser Unterscheidung: *Vilhelm Aubert* Competition and dissensus: two types of conflict and conflict resolution, Journal of Conflict Resolution 7 [1963], 26): *Ulrich Willems* Wertkonflikte als Herausforderung der Demokratie, 2016, 11 ff. Verfassungsrechtliche Argumente gelten in Deutschland als legitime und starke Argumente. Sie werden nicht nur dort vorgetragen, wo die Entscheidungssituation einen Selektionsmechanismus – systemtheoretisch: eine entsprechende Kodierung – vorgibt, also vor dem Bundesverfassungsgericht. Dessen Maßstab wird antizipiert: Auch die Theologen im Deutschen Ethikrat sprechen von der Würde des Menschen, nicht von seiner Gottesebenbildlichkeit. Liegt es daran, dass deutsche Theologen einer genuin religiösen Begründung gesamtgesellschaftlich wenig Überzeugungskraft zutrauen – oder möchten sie sie anderen nicht zumuten? Zu konstatieren sind jedenfalls Übersetzungsleistungen in einen Diskurs, der als Verfassungsdiskurs geführt wird.

[25] Verfahren der question prioritaire de constitutionnalité (QPC) bzw. in Großbritannien die declaration of incompatibility nach sec. 4 Human Rights Act (HRA) 1998.

b) *Frankreich: Das Recht der Reproduktionsmedizin als Ausdruck der* volonté générale

Gesetzgebung dient in Frankreich dazu, gesellschaftliche Wertvorstellungen in Gesetzesform zu überführen und damit verbindlich zu machen: das Recht der Reproduktionsmedizin nicht als konkretisiertes Verfassungsrecht, sondern als Ausdruck der *volonté générale*.

Diese Perzeption des Gesetzes als zentrales demokratisches Gestaltungsinstrument führt zu anderen Begründungen für die Argumente, die in den französischen Diskursen zur Reproduktionsmedizin vorgetragen werden: Es sind die Werte, die eine demokratische Gesellschaft begründen, die *valeurs de la République,* breiter gesellschaftlicher Konsens,[26] die historische Entwicklung der Emanzipation,[27] Freiheits- und Gleichheitsansprüche,[28] aber kaum die Französische Verfassung mit ihrer Inkorporation der Menschenrechtserklärung von 1789 oder die EMRK.[29] Aus dieser Verfassungsunabhängigkeit der Diskurse spricht das Selbstbewusstsein einer demokratischen Gesellschaft, die ihre Maßstäbe in ihrer Geschichte, in ihren kollektiven Prägungen, in den republikanischen Idealen der Freiheit, der Gleichheit und der Brüderlichkeit findet.[30]

---

[26] Bspw. für einen Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung: *Comité Consultatif National d'Ethique* Bericht vom Juni 2018: <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/rapport_de_synthese_ccne_bat.pdf> (Stand 11.10.2018), 108 f.: „importance pour l'enfant d'avoir accès à ses origines est assez consensuelle", ähnlich 110 für weitere Argumente.

[27] *Comité Consultatif National d'Ethique* Konsultationspapier 126 (Fn. 15), 19: "La demande d'IAD [scil. bei lesbischen Paaren] s'inscrit dans une évolution historique d'émancipation des personnes, de revendications de liberté et d'égalité …" Dass es ein Fortschrittsparadigma gebe, nach dem die Entwicklung der Menschenrechte zwangsläufig auf ihre volle Entfaltung hinauslaufe, nämlich die volle Reproduktionsfreiheit bei Inklusion aller, wird auch in Deutschland teilweise vertreten, bspw. *Gutmann* Reflexionen (Fn. 3), 46 ff.

[28] *Comité Consultatif National d'Ethique* Konsultationspapier 126 (Fn. 15), 18: "La liberté fait partie des valeurs qui fondent une société démocratique. Elle comprend la liberté des femmes de procréer, ou non." 19: "La demande d'IAD [scil. bei lesbischen Paaren] s'inscrit dans une évolution historique d'émancipation des personnes, de revendications de liberté et d'égalité …"

[29] Ansätze einer verfassungsbezogenen Herleitung des Würdearguments: *Conseil d'Etat*, Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?, 28.6.2018, 37 ff., freilich auch dort eingebunden in zahlreiche andere Herleitungszusammenhänge (u.a. Privatrecht, Geschichte, nämlich Abschaffung der Sklaverei).

[30] Strukturell ist dieser Diskussionsansatz mit dem Verweis auf den Nationalsozialismus in Deutschland vergleichbar: Die traumatisierende kollektive Erfahrung stiftet heute – ein Glück – in bestimmten Punkten Orientierungsgewissheit, die sich aus der Geschichte und nicht aus der Verfassung speist.

Welche Konsequenzen hat dieser andere Bezugsrahmen, hat die andere Herleitung der Argumente im deutsch-französischen Vergleich? In der Sachdiskussion bestehen teilweise deutliche Parallelen. So findet sich etwa die Kant'sche Objektformel zur Würde des Menschen[31] auch in den Stellungnahmen des französischen Ethikrats zur Leihmutterschaft: dort als Ablehnung einer *reification*, einer Verdinglichung des Kindes, dessen Körper und Person nicht in eine *position d'objet* gebracht werden dürften.[32] Die vergleichbaren Sachargumente gegen Leihmutterschaften führen in Deutschland wie in Frankreich jeweils zu ihrem generellen Verbot.[33]

Die andere normative Verankerung der Argumente begründet aber grundsätzlich andere Erwartungen an die Dynamik der Gesetzgebung. Dem deutschen Verfassungsumsetzungsgebot genügt grundsätzlich eine statische Gesetzgebung. Von der Verfassung kann man keinen Impuls zu gesetzlichen Neuregelungen mehr erwarten, wenn ihre Anforderungen einmal Gesetzesform gefunden haben. Ganz im Gegenteil: Auch wenn die Grundgesetzinterpretation sich gewandelten gesellschaftlichen Vorstellungen nicht strikt verschließt und neue tatsächliche Erkenntnisse zu einer veränderten verfassungsrechtlichen Bewertung zwingen können,[34] so behindert eine starke verfassungsrechtliche Determinierung doch tendenziell gesetzliche Neukonzeptionen.

Die Werte einer demokratischen Gesellschaft sind demgegenüber schon vom Grundsatz her ein offenes, veränderbares Konzept. Das eröffnet in Frankreich die Möglichkeit, zur Beantwortung ethisch strittiger und diffiziler Fragen auf prozedurale Mechanismen statt auf Verfassungsinterpretation und Gerichtsentscheidungen zu setzen.[35] Man kann das sehr gut am Stil, an der Diktion, nicht zuletzt auch am schlichten Umfang der Dokumente des *Conseil d'Etat* ablesen, der ja in Frankreich eine Doppelfunktion als Bera-

---

[31] Zurückgehend auf *Immanuel Kants* Instrumentalisierungsverbot, von *Günter Dürig* in den deutschen Verfassungsdiskurs eingeführt und z.T. auch vom BVerfG aufgegriffen; zur Genese und Kritik der Objektformel *Horst Dreier* in: ders. (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 55.

[32] *Comité Consultatif National d'Ethique* Konsultationspapier 126 (Fn. 15), 34, 40: Eine „*position d'objet*" des Körpers und der Person des Kindes im Falle einer Leihmutterschaft wäre „*incompatible avec les principes généraux du droit*". So zu denken erscheint anderen als „schlicht abwegig", weil sie das Menschenwürdeargument nur als autonomieförderndes Argument akzeptieren, *Gutmann* Reflexionen (Fn. 3), 56.

[33] Nach britischem Verständnis wirft die Leihmutterschaft hingegen keine Würdeprobleme auf, im Einzelfall aber unter Umständen Ausbeutungsprobleme: Nur das Arrangieren *bezahlter* Leihmutterschaften steht daher dort unter Strafe (oben Fn. 8).

[34] Zu Dynamisierung der bioethischen Gesetzgebung durch neue Erkenntnisse noch näher unten III. 2. und IV. 2.; zudem *Kersten* Regulierungsauftrag, 1251.

[35] Es geht um eine „éthique de la discussion et de l'échange": *Comité Consultatif National d'Ethique* Bericht (Fn. 26), 9.

tungsorgan und als Gericht hat. In seiner gerichtlichen Funktion formuliert er stets apodiktisch kurz. Über das Recht der Reproduktionsmedizin urteilt aber kein französisches Gericht. Vielmehr hat der *Conseil d'Etat* im Sommer 2018 ein großes Gutachten zur geplanten Revision des Bioethikgesetzes[36] erarbeitet. Dieses Gutachten ist lang: viele hundert Seiten. Es ist differenziert, zeigt Handlungsoptionen auf und wägt die Argumente ausführlich ab. Das wäre in einer justiziellen Logik in Frankreich undenkbar.

Der Rechtsvergleich hängt also von der richtigen Vergleichsperspektive ab: Im Vergleich zu französischen Gerichten ist der Stil des Bundesverfassungsgerichts diskursiv, auf argumentative Überzeugung angelegt. Im Vergleich zu so einem Gutachten wirkt aber plötzlich der Urteilsstil des Bundesverfassungsgerichts autoritär. Dadurch, dass über das Recht der Reproduktionsmedizin in Frankreich am Ende nicht in einem Gerichts-, sondern abschließend im Gesetzgebungsverfahren entschieden wird und der *Conseil d'Etat* dementsprechend nicht in seiner justiziellen, sondern in seiner beratenden Funktion tätig wird, wird ein Freiraum für die diskursive Auseinandersetzung eröffnet.

c) Großbritannien: Das Recht der Reproduktionsmedizin als Handbuch des Qualitätsmanagements für Reproduktionskliniken

Schließlich der Regelungsauftrag für die Reproduktionsmedizin in Großbritannien, wo so gut wie nichts verboten ist. Das Regularienwerk der britischen Regulierungsbehörde für die Reproduktionsmedizin umfasst aber 308 Seiten. Wofür braucht man, wenn nichts verboten ist, 308 Seiten voller Regeln? In Großbritannien geht es darum, hohe Qualitätsstandards für reproduktionsmedizinische Behandlungen zu gewährleisten, ohne dabei die medizinischen Möglichkeiten und die individuelle Freiheit zu beschneiden: Die Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin soll nichts anderes liefern als ein Handbuch des Qualitätsmanagements für Reproduktionskliniken.

Die britischen Regelungen konzentrieren sich daher auf die institutionellen und personellen Qualifikationsanforderungen, die Reproduktionskliniken erfüllen müssen: Die 308 Seiten sind voller *licencing conditions*. In deutscher Diktion arbeitet das britische Recht vor allem mit dem Instrument des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, um Qualitätsstan-

[36] Näher noch unten III.2.; zum Verfahrensstand: Der Gesundheitsminister plant die Einbringung eines Gesetzesentwurfs in die parlamentarischen Beratungen im Herbst 2018 mit dem Ziel einer Verabschiedung des revidierten Gesetzes vor dem 1. September 2019 <http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2017/12/cir_42790.pdf> (Stand 11.10.2018); Bestellung der Berichterstatter im Senat am 12.07.2018 <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20180709/opecst.html> (Stand 11.10.2018).

dards sicherzustellen.[37] Darin zeigt sich die Denkweise des *New Public Management*, das seit *Thatcher* und *New Labour* das britische Verständnis von *government* prägt, und zwar unabhängig davon, ob *government* im gesetzgeberischen oder im exekutiven Handlungsmodus agiert: Parlament und Regierung sollen nicht die Bürger reglementieren, sondern für ein vernünftiges, vor allem effizientes Funktionieren des staatlichen Gesundheitswesens sorgen. Der Regelungsauftrag des Reproduktionsmedizinrechts liegt daher im Qualitätsmanagement für, nicht im Verbot von Behandlungsmethoden.

Neben dem *New Public Management* wirken hier die Freiheitstradition des *Common Law* und die historische Erfahrung, dass das Parlament immer dem Schutz der Freiheit gedient hat. Es gilt daher üblicherweise nicht als Aufgabe parlamentarischer Gesetzgebung, gesellschaftlich strittige Fragen im Verbotswege zu regeln oder in die Freiheit des einen einzugreifen, um Rechtsgüter oder Interessen anderer zu schützen. Das Gebot des Respekts vor der Freiheit des einzelnen ist in der *Common-Law*-Tradition nicht verfassungsrechtlich als Grundrecht ausgebildet, aber gleichwohl wirkmächtig. Diese Denkweise erklärt ein Stück weit auch den *Brexit*. Er wird ungeachtet seiner mit Händen zu greifenden Nachteile teilweise nach wie vor als Selbstbefreiung aus einer Union wahrgenommen, die alles reglementieren wolle und dadurch die wirtschaftliche Entwicklung und den technologischen Fortschritt fessele – konkret: die Entwicklungspotentiale der Biomedizin behindere.

Diese Denkweise bewirkt, dass ethische Streitfragen nicht als verfassungsrechtliche Abwägungsgebote reformuliert und letztlich gar nicht als Rechtsprobleme wahrgenommen werden. Sie bleiben in Großbritannien gänzlich außerhalb der QM-Perspektive des staatlichen Regelungszugriffs auf die Reproduktionsmedizin.

3. Zwischenresümee

Zusammenfassend kann man drei ganz unterschiedliche Regelungsaufträge im Bereich der Reproduktionsmedizin konstatieren:

– In Deutschland soll die Gesetzgebung vor allem die – tendenziell statischen – Vorgaben der Verfassung umsetzen. *Dass* der Regelungsauftrag

---

[37] Auch in Frankreich bedürfen reproduktionsmedizinische Zentren einer Zulassung, die dort von der Agence de la biomédicine erteilt wird, einer autorité administrative indépendante, deren institutionelle Stellung mit der britischen Human Fertilisation and Embryology Agency vergleichbar ist. Die französische Behörde agiert allerdings in einem gesetzlich weitaus intensiver reglementierten Handlungsumfeld, während sich die britische Behörde ihren Handlungsrahmen zu einem erheblichen Teil selbst setzt.

an den Gesetzgeber verfassungsrechtlich determiniert ist, ist konsentiert, so umstritten es ist, *wie* dann die einzelnen Verfassungspositionen zu gewichten sind.
– In Frankreich dient die Gesetzgebung demgegenüber dazu, die – sich tendenziell dynamisch entwickelnden – Wertvorstellungen der Gesellschaft in die verbindliche Form des demokratischen Gesetzes zu bringen.
– In Großbritannien soll *government* für Qualität im Gesundheitswesen sorgen, ohne Freiheiten einzuschränken.

III. Regelungstechniken für das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Rechtsvergleich

1. Deutschland: Gestufte Rechtsetzung mit Verweis auf ärztliches Standesrecht

In Deutschland ist der parlamentarische Gesetzgeber seinem verfassungsrechtlichen Regelungsauftrag bislang nur in eingeschränkter Form nachgekommen. Er hat allerdings schon früh Pflöcke eingeschlagen: Soweit er sich verpflichtet gesehen hat, grundrechtlichen Schutzpflichten zu entsprechen, ist er dieser Verpflichtung 1990 mit dem Erlass des Embryonenschutzgesetzes nachgekommen. Was darin aber nicht für strafbar erklärt wurde, blieb gesetzlich ungeregelt.[38]

Die ursprüngliche Begründung für diesen teils rigiden, teils minimalistischen Regelungsansatz ist mit der Schaffung einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für die Fortpflanzungsmedizin 1994 entfallen.[39] Der Kompetenztitel ist bislang allerdings nicht für ein umfassendes Reproduktionsmedizingesetz nach österreichischem oder schweizerischem Vorbild[40]

[38] Überblick über regelungsbedürftige Fragen in: *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2017, Diskussion Nr. 13, 6 ff.

[39] Art. 74 I Nr. 22 GG, 2006 umformuliert.

[40] Österreich und die Schweiz haben ihre Fortpflanzungsmedizingesetze, die jeweils umfassenden Regelungsansätzen folgen, 2015 bzw. 2017 grundlegend reformiert. In der Schweiz sind Einzelaspekte der Reproduktionsmedizin zudem in der Bundesverfassung geregelt (Art. 118b, 119 Bundesverfassung), eine weltweit singuläre Regelung auf verfassungsrechtlicher Ebene, dies zudem auf der Basis von zwei Volksabstimmungen, zuletzt 2015, dazu *Markus Möstl* Volksabstimmungen und Biopolitik, in: Stephan Rixen (Hrsg.) Die Wiedergewinnung des Menschen als demokratisches Projekt, Bd. II, 2018, 151 (153 ff.), *ders*. Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDStRL 72 (2013), 361; skeptisch zur Übertragbarkeit der (insgesamt positiven) schweizerischen Erfahrungen mit biopolitischen Referenden auf Deutschland *Cornelia Hagedorn* Legitime Strategien der Dissensbewältigung in demokratischen Staaten, 2013, 420, die freilich ande-

genutzt worden.[41] Aufforderungen zu gesetzgeberischem Handeln gibt es genug[42] – ich vermute, wir hören sie auch gleich in der Diskussion wieder. Doch sie verhallen bislang ungehört.

Punktuelle Regelungen mit Bezug zu reproduktionsmedizinischen Verfahren finden sich allerdings im Transplantationsgesetz.[43] Es sieht – in der heutigen Form seit 2007[44] – eine gestufte Rechtsetzung vor: nämlich auf gesetzlicher Grundlage im Transplantationsgesetz eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit[45] und ergänzend, wiederum gesetzlich vorgesehen, die Definition des Standes der medizinischen Wissenschaft durch die Bundesärztekammer.[46] Die ältere, bis heute nachwirkende

---

rerseits (412 f.) die zweifelhafte These verficht, dass die Positionen innerhalb politischer Parteien in biopolitischen Fragen so uneinheitlich seien, dass sie ihre Vermittlungsfunktion in diesem Bereich nur eingeschränkt wahrnehmen könnten; ähnlich *Silja Vöneky* Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien, 2010, 177 ff.; dagegen zu Recht *Möstl* Volksabstimmungen (Fn. 40), 162 f.

[41] Entsprechende rechtspolitische Vorstöße durch *Ulrich Gassner et al.* Fortpflanzungsmedizingesetz. Augsburg-Münchner-Entwurf (AME-FMedG), 2013.

[42] Sie reichen auch zeitlich weit zurück, etwa schon – in der Sache differenzierend nach Behandlungsmethoden – *Rudolf Neidert* Brauchen wir ein Fortpflanzungsmedizingesetz?, MedR 1998, 347.

[43] Menschliche Keimzellen (Ei- und Samenzellen) sind Gewebe im Sinne von § 1a Nr. 4 TPG (BT-Drs. 16/3146, 23); siehe im Einzelnen Fn. 12.

[44] Eingeführt durch Art. 1 GewebeG.

[45] Rechtsgrundlage § 16a TPG, darauf basierend die Verordnung über die Anforderungen an Qualität und Sicherheit der Entnahme von Geweben und deren Übertragung nach dem Transplantationsgesetz (TPG-Gewebeverordnung – TPG-GewV), zur Reproduktionsmedizin dort insb. § 6.

[46] Seit 2017 gilt die Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion, dieses Jahr bereits geändert zur Anpassung an das im Juli in Kraft getretene Samenspenderregistergesetz, Deutsches Ärzteblatt vom 11.05.2018, <https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/RL/Ass-Reproduktion_Richtlinie.pdf> (Stand 11.10.2018). Die Richtlinie gilt nach Ziffer 1.2. für die Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen von Verfahren der assistierten Reproduktion, einschließlich der Insemination und der In-vitro-Fertilisation auch im Rahmen einer Präimplantationsdiagnostik (PID). Die alleinige hormonelle Stimulation (ohne Insemination) wird als Methode nicht von dieser Richtlinie erfasst, ebenso wenig die Eizellspende zur heterologen Verwendung, da diese gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ESchG verboten ist. Die Übertragung und Spende von Embryonen (§ 8 Abs. 1 ESchG) wird ebenfalls nicht erfasst. Die Einhaltung des allgemein anerkannten Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft wird vermutet, wenn diese Richtlinie beachtet wird (§ 16b Abs. 2 TPG). Unabhängig davon, ob die Richtlinien der Bundesärztekammer auch über die Berufsordnungen der Kammern Rechtsverbindlichkeit erhalten können, haben sie faktisch eine hohe Bindungswirkung. Zur professionellen Selbstregulierung durch Ärzte in der Schweiz: *Natassia Gili* Staatliche gesteuerte Selbstregulierung am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften, 2017.

Kritik, dass der parlamentarische Gesetzgeber in Deutschland das ganze Feld der Reproduktionsmedizin schlechthin der ärztlichen Selbstregulierung überlasse oder „jahrzehntelang“[47] untätig gewesen sei, ist damit teilweise überholt.

Gleichwohl ist ein Legitimationsproblem der Richtlinien der Bundesärztekammer nicht zu übersehen: Denn Mediziner haben Sachverstand, eine hohe gesellschaftliche Reputation – und Interessen. Das ist nicht illegitim. Auf anderen Gebieten ist aber die Skepsis gegenüber der legitimatorischen Wirkung expertokratischen Sachverstandes weit verbreitet und demokratietheoretisch gut begründet.[48] Diese Skepsis fällt gegenüber Medizinern tendenziell aus, wäre jedoch auch hier geboten, so sehr Ärzte seit dem Eid des *Hippokrates*[49] auch auf das Wohl der Patienten verpflichtet sind.[50]

2. *Frankreich: Gesetzliche Dynamik durch regelmäßige Gesetzesrevisionen*

a) *Zentralität und kontinuierliche Dynamisierung des Bioethikgesetzes*

In Frankreich gibt es ein zentrales Gesetz zur Bioethik, das auch die Bestimmungen zur Reproduktionsmedizin umfasst: die *loi relative à la bioéthique*.[51] Dieses Parlamentsgesetz enthält eine Revisionsklausel, nach der es spätestens alle sieben Jahre zu revidieren ist, also gerade jetzt wieder. Angesichts der dynamischen medizinischen und gesellschaftlichen Entwicklungen scheint mir ein solcher Sieben-Jahres-Zeitraum ein sachlich angemessener Revisionsrhythmus.

---

[47] So *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 6), 1249.

[48] Zur Diskussion etwa *Vöneky* Ethik (Fn. 40), 130 ff.

[49] Dass Ärzte seit dem Eid des Hippokrates auf das Wohl der Patienten verpflichtet sind, verleiht ihnen keine demokratische Legitimation. Fraglich dürfte sein, ob eine pluralistische und pluridisziplinäre Zusammensetzung allein schon ausreicht, Ethikkomitees demokratische Legitimation zu vermitteln, wie es v.a. in der französischen Diskussion verfochten wird, vgl. *Sophie Monnier* Les Comités d'Ethique et le droit, 2005, 180 ff.; ähnlich *Christian Byk/Gérard Mémeteau* Le droit des comités d'étique, 1996, 88 ff.

[50] Kritik am Einfluss von Medizinern in Beratungsgremien zur Fortpflanzungsmedizin u.a. bei *Byk/Mémeteau*, droit des comités d'étique (Fn. 49), 55 f.

[51] Daneben reproduktionsmedizinische Einzelregelungen im Code Civil (art. 311 CC zu den familienrechtlichen Zuordnungen) und im Code de la santé publique (insb. art. 2142 CSP); ursprünglich loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prenatal (zusammen mit zwei weiteren Gesetzen von 1994); sodann loi n° 2004-800 du 6 août 2004; chronologischer Überblick über die französische Gesetzgebung mit Kurzdarstellung der jeweiligen Kernregelung unter <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/bioethique/historique-lois-bioethique.shtml> (Stand 11.10.2018).

b) Partizipationsprozesse im Vorfeld der Gesetzgebung

Ein Gesetzentwurf des Gesundheitsministeriums zur Revision des Bioethikgesetzes wird im Oktober 2018 in das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden. Vorbereitet worden ist dies durch eine sehr breit angelegte öffentliche Partizipation unter Verantwortung des französischen Ehtikrates[52] – ein Novum in Frankreich und in dieser Form wohl weltweit.[53] Dazu zählten im Frühjahr 2018 etwa 150 Regionaltreffen und Expertenanhörungen und vor allem eine thematisch strukturierte Internetdebatte mit 30.000 Beiträgen und über 300.000 Abstimmungsvoten[54]: „*un véritable exercice de démocratie*“[55] mit sehr viel *electronic participation*. Das erscheint in der Tat als breite Beteiligung. Mitmachen konnte ja auch jeder, unter anderem ein Münsteraner Juraprofessor, und sei es aus Neugierde an solchen demokratischen Experimentierformen in der Vorbereitung eines Staatsrechtslehrervortrags. Eine einfache Registrierung per E-Mail genügte, Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz waren gleichgültig.[56] *Liquid democracy* in dem Sinne, dass sich feste Grenzen des Legitimationssubjekts verflüssigen.

Thematisch geht es zur Zeit in Frankreich um die Zulassung des „*social freezing*“, also der Konservierung von Eizellen als Vorsorge für einen Kinderwunsch im höheren Alter, und um den Zugang zu reproduktionsmedizinischen Behandlungen für lesbische Paare und alleinstehende Frauen.[57]

---

[52] Rechtsgrundlage für die Funktion des Ethikrates in diesem Prozess: Art. 46 des Bioethikgesetzes; Eröffnung der Debatte mit *Comité Consultatif National d'Ethique* Konsultationspapier Nr. 126 (Fn. 15); *ders.* Bericht (Fn. 26), insb. 105 ff. zum Themengebiet Reproduktion, Beteiligungszahlen 106; zuvor *Agence de la biomédicine* Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, Januar 2018 <https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport-loi2018.pdf> (Stand 11.10.2018).

[53] Eingehende Reflexion der Chancen und Risiken der Digitalisierung für die Demokratie durch *Jens Kersten* Schwarmdemokratie, 2017; zum aktuellen französischen Konsultationsprozess aus deutscher Perspektive *Claudia Wiesemann*, Ethik in der Medizin 2018 (https://doi.org/10.1007/s00481-018-0506-8) mit dem treffenden Hinweis, dass ethische Positionen nicht allein durch eine lückenlose, philosophisch stichhaltige Argumentationskette überzeugen können, sondern „auch lebensweltliche Erfahrungen widerspiegeln, die Sichtweise der von Entscheidungen betroffenen Personen berücksichtigen und dabei marginalisierten gesellschaftlichen Gruppen eine Stimme verleihen“ müssen, was der französische Ethikrat mit diesem Verfahren getan habe.

[54] Nachweise bei *Comité Consultatif National d'Ethique* Bericht (Fn. 26); die hochgegriffene Terminologie (états generaux de la bioéthique 2018) erinnert bewusst an die Generalstände der Frz. Revolution.

[55] *Comité Consultatif National d'Ethique* Bericht (Fn. 26), 8.

[56] „[O]uverte à tous, sur simple inscription“: *Comité Consultatif National d'Ethique* Bericht (Fn. 26), 12.

[57] In französischer Diktion: Zulassung reproduktionsmedizinischer Behandlungen aus sozialen Indikationen. Die Unterscheidung von sozialen und medizinischen Indikationen ist

Der öffentliche Konsultationsprozess zeigt typische Zeichen der demokratischen Partizipation des Internetzeitalters: themengebunden, zeitlich begrenzt, durchaus intensiv, aber nicht institutionell gebunden oder verstetigt. Und es war qualitativ eine ernsthafte Debatte auf hohem Niveau, selbst im Internet. Eine gewisse Filterung der Debatte durch staatliche oder staatlich eingesetzte Gremien – der Ethikrat für die Initiierung und Vorstrukturierung des Konsultationsprozesses, der *Conseil d'Etat* für die Auswertung von dessen Ergebnissen – scheint ein wirksames Mittel gegen eine Verrohung der Sprache und eine Banalisierung der Argumente zu sein. Frankreich scheint in der Entwicklung solcher Partizipationsmodelle – oder im Experimentieren mit internetgestützten Beteiligungsformen – weiter als Deutschland zu sein. Auch das französische Parteienspektrum ist ja bereits in dieser Richtung umgebrochen – *la République en marche*: die Bewegung *Macrons* müsste man sagen, wenn der Begriff im Deutschen nicht so belastet wäre.

Die Ergebnisse des öffentlichen Konsultationsprozesses sind in das schon erwähnte Gutachten des *Conseil d'Etat*[58] und in den Abschlussbericht des Ethikrats eingeflossen.[59] Bindend ist das Gutachten nicht. Nach den aktuellen politischen Diskussionen in Frankreich wird man es nicht für ausgemacht halten, ob die Position des Ethikrates in diesem Fall entscheidenden – und das hieße: liberalisierenden – Einfluss auf die Gesetzgebung haben wird.[60]

---

im französischen Recht angelegt, weil Art. L. 152-2 des code de la santé publique in der bisherigen Fassung (bis 2018) die reproduktionsmedizinischen Verfahren (AMP) definiert als Verfahren zur Behebung von pathologischer Unfruchtbarkeit oder zur Vermeidung von (Erb-)Krankheitsübertragung, so dass es bislang nur drei Gründe für reproduktionsmedizinische Behandlungen gibt: Unfruchtbarkeit aus pathologischen Gründen; das Ziel der Vermeidung einer Weitergabe von Krankheiten und medizinische Behandlungen mit sterilisierenden Nebenfolgen, was die Gametenkonservierung rechtfertigt.

[58] *Conseil d'Etat* Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?, 28. Juni 2018.

[59] *Comité Consultatif National d'Ethique* Konsultationspapier 129, "Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018–2019", publiziert am 25.09.2019 <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/avis_129_vf.pdf> (Stand 11.10.2018).

[60] Der Einfluss des Ethikrates auf die französische Gesetzgebung ist für andere Konstellationen gut untersucht: *Stéphanie Dagron* Die demokratische Legitimation des französischen nationalen Ethikrates, Die Verwaltung 44 (2011), 1 (14 ff.).

c) *Einbeziehung religiöser Positionen*

Unter den vierzig Mitgliedern des französischen Ethikrates[61], der diesen Konsultationsprozess initiiert und gelenkt hat, sind fünf Persönlichkeiten, die den „*principales familles philosophiques et spirituelles*“[62] angehören, den philosophischen und spirituellen Hauptströmungen Frankreichs. Ohne sich allzu viel Mühe zu geben, maskiert die Formulierung ein wenig, dass dies primär Vertreter von Religionsgemeinschaften sind, die der Staatspräsident in dieses Gremium beruft: zurzeit eine Katholikin, ein Protestant, ein Jude, ein Muslim, zudem ein Marxist.[63] Das entspricht dem Anteil von Theologen im Deutschen Ethikrat, in Frankreich freilich mit größerer religiöser Pluralität.

Die laizistische Französische Republik bindet Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften demnach ohne weiteres in die staatliche Willensbildung ein, und zwar auch institutionell in ganz ähnlicher Weise, wie wir es vom Deutschen Ethikrat kennen. Das ist durchaus konsequent angesichts des Regelungsauftrags für die Reproduktionsmedizin, wie er in Frankreich verstanden wird: nämlich die Wertvorstellungen der Gesellschaft in Gesetzesform zu gießen. Denn Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften formulieren gesellschaftlich relevante Positionen.

Es schafft aber ein Problem mit der traditionellen Lesart des Laizitätsprinzips als Trennung von Staat und Religion im Sinne eines strikten

---

[61] Über dessen demokratische Legitimation gibt es zahlreiche Untersuchungen; auf Deutsch *Vöneky* Ethik (Fn. 40), 388 ff., sowie *Dagron* Legitimation (Fn. 60), 1 ff.

[62] Art. 4 § 1°du décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, article 2 § 1° du décret relatif au Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé, n° 97-555 mai 1997, article 1er de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique codifié à l'article L 1412-2 §1°du code de la santé publique.

[63] Der nationale französische Ethikrat ist wie der Deutsche Ethikrat ein staatlich errichtetes Gremium, dessen Mitglieder durch den französischen Staatspräsidenten nach Beteiligung beider Parlamentskammern ernannt werden; Berufungsverfahren für die Mitglieder nach Art. 13 Abs. 5 CF: „… le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions.“ Anwendbarkeit dieser Verfahrensnorm der Verfassung auf das CCNE gemäß Annex zur loi organique no 2010-837 vom 23. Juli 2010; zu den Funktionen des französischen Ethikrats: *Christophe Sauvat* Le Comité Consultatif National d'Étique, 1999, 23 ff.; zu seiner Besetzung, allerdings noch auf Grund der 1992/1997 geschaffenen, mittlerweile modifizierten Rechtslage: ebd. 31 ff.; Forderung zur Erhöhung der Zahl der Mitglieder, die auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu den philosophischen Hauptströmungen Frankreichs berufen werden: ebd. 37; allgemeine Forderung nach pluraler Besetzung durch *Sophie Monnier* Les Comités d'Ethique et le droit (Fn. 49), 180 ff.

Kooperationsverbots. Da das Laizitätsprinzip Verfassungsrang hat, kann man es nicht ignorieren, wohl aber umdeuten: Vorstellungen von Laizität im Sinne eines strikten Kooperationsverbots sind in Frankreich auf weiten Strecken verabschiedet. Zunehmend wird das Laizitätsprinzip zu einem Anwendungsfall staatlicher Neutralität ohne eigenen Gehalt herabgestuft.[64] In dieser Interpretation als schlichtes Neutralitätsgebot steht das Laizitätsprinzip Kooperationen des französischen Staates mit Religionsgemeinschaften nicht entgegen: im Ethikrat gleich fünffach, Marxismus eingeschlossen.

3. *Großbritannien: Dominanz von exekutivem Recht und* soft law *der Regulierungsbehörde*

a) Parlamentsrecht

Unter den erwähnten 308 Seiten Gesamtregelung im *Code of Practice* der britischen Regulierungsbehörde sind entsprechend den Rechtsquellen drei Ebenen zu unterscheiden: erstens die Parlamentsgesetzgebung. Kernregelung ist der *Human Fertilisation and Embryology Act* von 1990[65], zudem ein Einzelgesetz zum eingangs erwähnten Vermittlungsverbot für bezahlte Leihmutterschaften.[66] Beide Gesetze sind – wie alle britischen Parlamentsgesetze – recht technizistisch, man kann auch sagen: extrem umständlich formuliert und dadurch lang. Das täuscht aber: Über weite Strecken steht außer Definitionen wenig Substanzielles darin. Die gesetzlichen Regelungen sind punktueller Natur.

b) Statutory instruments *als Instrument exekutiver Rechtsetzung*

Denn wie in Großbritannien auch in anderen Bereichen üblich, sind entscheidende Einzelfragen durch umfangreiche exekutive Rechtsetzung normiert. Sie beruht in diesem Fall auf einer parlamentarischen Ermächtigung im *Human Fertilisation and Embryology Act.* Er ermächtigt die Regierung zum Erlass von *statutory instruments,* die unseren Rechtsverordnungen vergleichbar sind. Allerdings statuiert die parlamentarische Ermächtigung kei-

---

[64] So *Francis Messner et al.* Droit français des religions, 2. Aufl. 2013, 70; *Jean-Louis Bianco* La France est-elle laïque?, 2016, 20 f.; sehr differenzierte Darstellung der gegenwärtig in Frankreich kontrovers diskutierten, divergierenden Laizitätskonzeptionen durch *Jean Baubérot*, Les 7 laïcités françaises. Le modèle français de laïcité n'existe pas, 2015, fußend auf zahlreichen einschlägigen Publikationen desselben Autors in den vergangenen Jahrzehnten, u.a. *ders.*, L'intégrisme républicain contre la laïcité, 2006, und *ders.*, La laïcité falsifié, 2012.

[65] HFEA 2008 (Fn. 8).

[66] Surrogacy Arrangements Act 1985.

nerlei materiellen Vorgaben, wie es nach Art. 80 GG oder Art. 290 AEUV erforderlich wäre.

Jüngstes Beispiel ist das *statutory instrument* zur Mitochondrienspende.[67] Dafür Grundlagen der Humangenetik in einer Minute: Kritiker meinen, die Mitochondrienspende führe zu „Drei-Eltern-Babys"[68]. Das trifft den genetischen Zusammenhang vage und am Ende doch falsch. Denn die Erbinformationen der Zellkern-DNA stammen wie üblich allein von Mutter und Vater. Wenn aber die Mutter Mitochondriendefekte vererben würde – das ist ein Sonderfall zytoplasmatischer Vererbung nur durch die Mutter –, wird dafür die entkernte Eizelle einer anderen Frau ohne diese Mitochondriendefekte genutzt. Das verhindert seltene, schwere Erbkrankheiten. Genutzt werden also gespendete Mitochondrien, und doch ist die Mitochondrienspende etwas anderes als eine Organspende. Denn die Kinder (weiblichen Geschlechts) vererben sowohl ihre Zellkern-DNA als auch die DNA der Fremdmitochondrien weiter, was bei der Spenderniere ja nicht der Fall ist. Das Verfahren verstößt daher als vererblicher Keimbahneingriff gegen die eingangs erwähnte Biomedizinkonvention des Europarats. Es ist in Deutschland[69] wie in Frankreich[70] verboten, in Großbritannien hingegen zulässig, das die Konvention wohlweislich nicht ratifiziert hat.

Die britischen Regelungen dazu finden sich – und das scheint mir das Entscheidende – im erwähnten *statutory instrument*. Die Ministerialbürokratie hat diese umstrittene, genetisch risikobehaftete und ethisch schwierige Frage[71] praktisch alleine geregelt. Grundlage ist allein eine Klausel im *Human Fertilisation and Embryology Act* zur prinzipiellen Zulassungsfähigkeit der Mitochondrienspende mit der einzigen Anforderung, dass das

---

[67] Rechtsgrundlage: The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/572/pdfs/uksi_20150572_en.pdf> (Stand 11.10.2018)

[68] Mit entsprechend schlagwortartiger Überschrift etwa *Pak Lee Chau/Jonathan Herring* Three parents and a baby, Family Law 45 (2015), 912 ff.

[69] Nicht völlig unbestritten, aber nach § 5 Abs. 1 ESchG recht eindeutig, siehe *Silvia Deuring* Die „Mitochondrienspende" im deutschen Recht – Zur Strafbarkeit des Kerntransfers zwischen unbefruchteten und imprägnierten Eizellen nach dem Embryonenschutzgesetz, MedR 2017, 215 (217 ff.).

[70] Art. 16-4 Code civil: „Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne"; zudem Art. L. 1251-2 Code de la santé publique vom 7.7.2011: "La création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite."

[71] Aus den US-amerikanischen Diskussionen zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit: *J. Ravindra Fernando* Three's Company: A Constitutional Analysis of Prohibiting Access to Three-Parent In Vitro Fertilization Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy 29 (2015), 523 ff.

„*in prescribed circumstances*“ und in einem „*prescribed process*“ geschehen müsse.[72] *Nota bene*: Das Parlamentsgesetz beschränkt sich auf die Vorgabe, dass das Exekutivrecht die Voraussetzungen und das Verfahren vorschreiben müsse; das Parlamentsgesetz definiert die Voraussetzungen nicht etwa selbst.

c) Soft law *der Regulierungsagentur für die Reproduktionsmedizin*

Neben der Parlamentsgesetzgebung und solchen *statutory instruments* gibt es als dritte Regelungsschicht das *soft law* der Regulierungsbehörde, der *Human Fertilisation and Embryology Authority*. Sie erteilt in Großbritannien die Lizenzen für die Reproduktionskliniken – und finanziert sich aus den Gebühren dafür, was die Frage nach wirtschaftlichen Abhängigkeiten nicht als aus der Luft gegriffen erscheinen lässt. Diese in dieser Weise unabhängige, jedenfalls weisungsfreie Behörde erlässt einen *Code of Practice*. Vom Texttypus her ähnelt dieser Kodex mit seinen Detailregelungen medizinischer Verfahren den Richtlinien der Bundesärztekammer in Deutschland. Und wie es sich mit solchen Kodices auch sonst verhält, ist das darin niedergelegte Recht so *soft* am Ende nicht: Es ist zwar nicht *judicially enforcable*, nicht zwangsdurchsetzbar. Seine Missachtung würde aber die Lizenz der jeweiligen Klinik bedrohen, die den Kodex daher natürlich als verbindlich betrachtet.

Das ist nicht weiter erstaunlich, wirft aber noch einmal ein Licht auf die Legitimationsbasis dieses *soft law*: Der Kodex der Regulierungsbehörde ist dem Parlament lediglich zur Kenntnis zu geben.[73] Über seinen Erlass entscheidet allein das *board* der Regulierungsbehörde, das ganz überwiegend mit Medizinern besetzt ist – acht von elf.[74] Die Behörde hat auch ganz offen erklärt, dass sie nicht nur die Interessen der Patienten und Kinder, sondern auch der Reproduktionsmediziner berücksichtige.[75] In ihren jüngsten Jahresberichten steht davon freilich nichts mehr. Kritik an wirtschaftlichen Abhängigkeiten zeigt eben Wirkung, zwar nicht in der Sache, wohl aber in der Außendarstellung.

Neben Medizinern gehört dem *board* auch ein einzelner anglikanischer Bischof an. Seine Präsenz in diesem Gremium scheint mir konzeptionell nur bedingt sinnvoll: Denn auf dieser Ebene der administrativen Regulie-

---

72 Rechtsgrundlage: sec. 3ZA (5) HFEA.

73 Rechtsgrundlage: sec. 26 (4) HFEA.

74 Insgesamt 11 Mitglieder: <https://www.hfea.gov.uk/about-us/our-people/meet-our-authority-members/> (Stand 12.10.2018).

75 *Human Fertilisation and Embryology Authority* 8th annual report 1999, 1: Die Behörde wolle alle relevanten Interessen berücksichtigen: “patients, children, doctors and scientists, the wider public and future generations”.

rung und der Erteilung von Zulassungen für reproduktionsmedizinische Zentren geht es nicht um ethische Grundsatzfragen, zu denen eine Religionsgemeinschaft eine begründete Position haben könnte, sondern um medizinische Qualitätsstandards. Konsequenterweise hat die anglikanische Kirche keinen Moraltheologen benannt, sondern einen Bischof, der zufälligerweise Naturwissenschaftler ist und daher zur medizinischen Qualitätssicherung vielleicht sogar etwas beitragen kann. Das ist dann aber keine Einbeziehung religiöser Positionen, sondern naturwissenschaftlichen Sachverstandes, der zufällig bei einem anglikanischen Bischof vorhanden ist.

IV. Zusammenfassende Erkenntnisse und Perspektiven

1. *Erklärungsansätze für die unterschiedliche Liberalität der Gesetzgebung*

Zwei zusammenfassende Überlegungen, zunächst die Frage nach Erklärungsansätzen für die unterschiedliche Liberalität der Gesetzgebung in Großbritannien, Frankreich und Deutschland. Warum diese Unterschiede? Dafür gibt es zahlreiche Hypothesen, etwa institutionelle, religionssoziologische oder historische Deutungsangebote.

Manches klang schon an: In Großbritannien prägen die Freiheitstradition und das *New Public Management* das Verständnis der Aufgaben von *government*. In Deutschland könnte die ausgebaute Schutzpflichtendogmatik eine ohnehin in der deutschen Gesellschaft vorhandene Grundhaltung verstärken, von der Risikovermeidung aus zu denken und nicht von der Chance neuer Möglichkeiten.[76] Es gibt auch Stimmen, nach denen Dammbruchargumente typisch deutsche Argumentationsmuster seien, die sich aus traumatisierenden historischen Erfahrungen in der NS-Zeit erklären ließen,[77] und dass die deutsche Gesetzgebung wegen solcher Dammbruchängste schon im Ansatz restriktiv ausfalle. Institutionalistische Ansätze verweisen auf die Zahl der Vetospieler, auf ausgeprägte Elemente einer Verhandlungsdemokratie oder die

---

[76] Auch in den französischen Diskussionen spielt indes das Vorsichtsprinzip eine entscheidende Rolle: vgl. bspw. die Berufung auf das principe de précaution in: *Comité Consultatif National d'Ethique* Bericht (Fn. 26), 114 (dort als Argument gegen den Zugang Alleinstehender und homosexueller Paare zu künstlicher Befruchtung, weil die entwicklungspsychologischen Auswirkungen auf das heranwachsende Kind nicht hinreichend geklärt seien), 116 (als Argument gegen Kryokonservierung von Eizellen); ebenso *Conseil d'Etat* Révision (Fn. 58), 53, dort sogar mit der Diskussion, ob das umweltrechtliche Vorsichtsprinzip, positiviert in Art. 5 der französischen Charte de l'environnement, nicht auch für den Bereich der Biomedizin Verfassungsrang haben könnte.

[77] *Patricia Jofer* Regulierung der Reproduktionsmedizin, 2014, 475 f. m. Nw.

Stärke und Autonomie einer Verfassungsgerichtsbarkeit als Faktoren, die restriktive Positionen in bioethischen Fragen begünstigen könnten.[78] Schließlich: Erklärt sich die liberale Gesetzeslage in Großbritannien aus dem Säkularisierungsgrad der britischen Gesellschaft? Ist das laizistische Frankreich am Ende eben doch durch und durch katholisch? Alle diese Zusammenhänge haben mehr oder weniger Plausibilität.[79] Doch zugleich sind zwingende Kausalitätsnachweise methodisch kaum zu führen.[80]

Für die untersuchten drei Rechtsordnungen scheint mir ein Wirkungsfaktor von Bedeutung: die Revisionshäufigkeit für gesetzliche Regelungen. Denn im Recht der Reproduktionsmedizin führen Gesetzesrevisionen praktisch immer zu einer Liberalisierung. Das liegt einerseits an zunehmender Akzeptanz für unterschiedliche Lebens- und Sexualitätsformen, andererseits am medizinischen Fortschritt, der Risiken reduziert, etwa das Problem der Mehrlingsschwangerschaften. Schließlich gibt es immer wieder Erkenntnisfortschritte darüber, dass sich ursprünglich befürchtete Risiken nicht realisiert haben.[81] Regelmäßige Gesetzesrevisionen bewirken im

---

[78] Überblick über mögliche Hypothesen bei *Simon Fink* Forschungspolitik zwischen Innovation und Lebensschutz, 2008, 25 ff.

[79] Würde man den Rechtsvergleich über die drei Staaten hinaus erweitern, lägen Gründe teilweise wohl auf der Hand, zum Beispiel für die liberalen Regelungen Israels zur Präimplantationsdiagnostik: in diesem Fall die Vorstellung einer göttlichen Beseelung des Fötus im Judentum (auch im Islam), die meist erst auf den 40. Tag *post conceptionem* datiert wird. Zur Bioethikpolitik in Israel *Barbara Prainsack* Streitbare Zellen? Die Politik der Bioethik in Israel, Leviathan 2005, 69 (insb. 75).

[80] Die Politikwissenschaft versucht es mit Korrelationsberechnungen, etwa zwischen den Wahlerfolgen christdemokratischer Parteien und der Restrikivität biomedizinischer Regelungen; bspw. *Fink* Sonderweg (Fn. 79), 112 ff., 115, 117, 119 f., *ders*. Forschungspolitik (Fn. 78), insb. 63 ff.; ähnlich (zu Belgien) *Nathalie Schiffino/Frédéric Varone*, in: Ivar Bleiklie/Malcom Goggin/Christine Rothmayr (Hrsg.) Comparative Biomedical Policy: Governing Assisted Reproductive Technologies, 2004, 21 (30 ff.); politikwissenschaftliche Politikfeldanalysen analysieren teilweise allgemein Wertkonflikte oder kulturelle Konflikte und den Verlauf entsprechender Diskurse (bspw. *Willems* Wertkonflikte (Fn. 24). Daneben gibt es international vergleichende, politikwissenschaftliche Studien unmittelbar zur Embryonenforschungspolitik, bspw. *Simon Fink* Ein deutscher Sonderweg? Die deutsche Embryonenforschungspolitik im Licht international vergleichender Daten, Leviathan 35 (2007), 107 ff.; *Ivar Bleiklie et al.* (Hrsg.) Comparative Biomedical Policy: Governing Assisted Reproductive Technologies, 2004. Mit den vorstehend nachgewiesenen Korrelationsberechnungen kann man Korrelationen aufspüren; Kausalität beweist das nicht. Zur Unterscheidung von Kausalität und Korrelation am Beispiel der Klapperstorchthese *Thomas Höfer/Hildegard Przyrembel/Silvia Verleger* New evidence for the theory of the stork, Paediatric and Perinatal Epidemiology 2004, 88.

[81] Ein typisches Beispiel sind die liberalisierenden Neuregelungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetz von 2015 im Vergleich zur Ursprungsfassung von 1992: Das betrifft die vom österreichischen Verfassungsgerichtshof erzwungene Freigabe der künstli-

Recht der Reproduktionsmedizin also Liberalisierungen.[82] Wie sähe die deutsche Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin heute aus, wenn das BVerfG dem Gesetzgeber des Embryonenschutzgesetzes von 1990 regelmäßige Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten auferlegt hätte, wie das Gericht das ja bisweilen in anderen Bereichen tut![83]

---

chen Insemination zugunsten lesbischer Paare, zudem die Präimplantationsdiagnostik und den heterologen Embryotransfer nach Eizellspende: Österreichischer VfGH v. 10.12.2013, G 16/2013.

[82] In Deutschland hat es nur auf Landesebene Versuche gegeben, in vergleichbarer Weise Gesetzgebungsdynamik durch systematische Befristungsregelungen zu schaffen; sehr erfolgreich war das nicht: Vgl. die – teilweise wieder aufgegebene – systematische Befristung von fast sämtlichen Landesgesetzen in NRW, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Saarland und Thüringen. Ziele war vor allem Bürokratieabbau, Reduzierung des Normbestands (und damit Vereinfachung der Rechtsanwendung) sowie das für die Befristung des französischen Bioethikgesetz maßgebende Ziel, Gesetze unter einen ständigen Aktualisierungs- und Rechtfertigungszwang zu stellen. In NRW wurden schrittweise durch fünf Befristungsgesetze aus den Jahren 2004 und 2005 Berichtspflichten (Pflicht zur Evaluierung durch Landesregierung und Bericht gegenüber dem Landtag) und zum Teil auch Verfallsklauseln (ebenfalls Pflicht zur Evaluierung, bei Untätigkeit Unwirksamkeit des Gesetzes) in etliche Gesetze eingefügt (vgl. GV. NRW 2004, 247 ff.; GV. NRW 2005, 274 ff., 306 ff., 332 ff., 351 ff.). In Bezug auf neue Gesetze verpflichtet gegenwärtig § 39 NWGGO (Ministerblatt NRW 2014, 826 ff.) grundsätzlich zum Einfügen einer Verfallsklausel, ansonsten zum Einfügen von Berichtspflichten (v. a. bei der Umsetzung von EU-Recht und Bundesrecht); zur Praxis in NRW *Andrea Becker* Die Befristungsgesetzgebung in Nordrhein-Westfalen, NVwZ-Extra 2010, Heft 17, 1 ff.; insgesamt *Antonis Chanos* Möglichkeiten und Grenzen der Befristung parlamentarischer Gesetzgebung, 1999; kritisch zu Verfallsklauseln: *Wolfgang Kahl* Gesetzesfolgenabschätzung und Nachhaltigkeitsprüfung, in: Winfried Kluth/Günter Krings (Hrsg.) Gesetzgebung, 2014, § 13 Rn. 22 f., 34; vgl. auch *Wolfram Höfling/Andreas Engels* Parlamentarische Eigenkontrolle als Ausdruck von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, in: Winfried Kluth/Günter Krings (Hrsg.) Gesetzgebung, 2014, § 34 Rn. 43 ff .

[83] BVerfGE 16, 147 (181 ff.); 18, 315 (332); 25, 1 (13); 33, 171 (189 f.); 49, 89 (130); 50, 290 (335 f.); 54, 11 (34, 36 ff.); 55, 274 (308); 56, 54 (78 f.); 57, 139 (162 f.); 59, 119 (127); 67, 299 (328); 68, 287 (309); 73, 40 (94); 82, 353 (380); 100, 59 (101); 103, 242 (267); 95, 167 (314 f.); 123, 186 (242, 266); umfassend *Höfling/Engels* Eigenkontrolle (Fn. 83), Rn. 13 ff.; markant zum weiten Spielraum, dem das BVerfG insofern dem Gesetzgeber belässt: BVerfGE 110, 141 (158): „Allerdings kann es, wenn der Gesetzgeber sich über die tatsächlichen Voraussetzungen oder die Auswirkungen einer Regelung im Zeitpunkt ihres Erlasses ein ausreichend zuverlässiges Urteil noch nicht hat machen können, geboten sein, dass er die weitere Entwicklung beobachtet und die Norm überprüft und revidiert, falls sich erweist, dass die ihr zugrunde liegenden Annahmen nicht mehr zutreffen […]. Das gilt unter anderem dann, wenn komplexe Gefährdungslagen zu beurteilen sind, über die verlässliche wissenschaftliche Erkenntnisse noch nicht vorliegen." – Eine durchgängige Befristungspraxis auf Bundesebene für Gesetze besteht nicht; nur in Einzelfällen ist sie verfassungsrechtlich vorgegeben (Art. 110 Abs. 4 S. 1 GG, 115k Abs. 2 GG) oder wird sektoral praktiziert (Beispiele: § 55 SGB II, § 120 SGB IV i. d. F. v. 12.11.2009 BGBl. 3710, 3770, § 1 Abs. 2 a.F. Steinkohlefinanzierungsgesetz [SteinkFinG]). Nach § 43

2. *Kontroversen über die Reproduktionsmedizin als Gradmesser der Vitalität demokratischer Prozesse*

Die Reproduktionsmedizin gehört zu den Themen großer ethischer Kontroversen. Die Kontroverse aber, das Ringen um die beste Lösung – und daher auch der Konflikt – sind gerade das, was eine funktionierende Demokratie ausmacht und was die Stärke dieser Regierungsform begründet. Wir beobachten indes in letzter Zeit eine politische Harmoniesucht, eine Einheits- und Wahrheitssehnsucht,[84] die konfliktscheu ist und einer naiven, wenn nicht gefährlichen Sehnsucht nach starker politischer Führung anhängt.[85] Es ist daher auch unter demokratietheoretischem Blickwinkel von Interesse, wie die drei Staaten ihre Regelungen der Reproduktionsmedizin entwickeln. Zusammenfassend kann man sagen: Für die Regelung der Reproduktionsmedizin vertraut Großbritannien der eigenen Freiheitstradition, Frankreich dem politischen Prozess, Deutschland auf das Grundgesetz. Die Orientierungspunkte sind somit strukturell verschieden: einerseits prozeduraler, andererseits materieller Natur.

Die weitgehende Reduktion des Themas auf ein Qualitätssicherungsproblem in Großbritannien überzeugt nicht. Denn wenn die ethischen Grundsatzfragen bereits vorab dadurch als geklärt gelten, dass es nicht Aufgabe von *government* sei, Freiheiten einzuschränken, dann verlagern sich die Entscheidungen in die Ministerialbürokratie und auf die Ebene der Lizenzierung von Reproduktionskliniken, soweit auf dieser Ebene überhaupt noch etwas zu entscheiden ist. Eine demokratische Auseinandersetzung findet letztlich kaum statt.

Andererseits steht sich auch die deutsche Rechtsordnung mit ihrer Überkonstitutionalisierung im Bereich der Reproduktionsmedizin gleich mehrfach im Weg: Sie verhindert zwar nicht vollends, aber behindert doch Fortentwicklungen des Rechts, die angesichts gesellschaftlicher wie medizinischer Entwicklungen notwendig wären. Zudem ist den verfassungsrechtlichen Vorgaben eine gewisse Widersprüchlichkeit eigen: Einerseits

---

Abs. 1 Nr. 6 GGO der Bundesministerien ist bei der Begründung einer Gesetzesvorlage zu erörtern, ob das Gesetz befristet werden kann.

[84] *Steffen Augsberg* „Sternstunden des Parlaments“? Ideal und Wirklichkeit biopolitischer Entscheidungsfindung in der repräsentativen Demokratie, in: Stephan Rixen (Hrsg.) Die Wiedergewinnung des Menschen als demokratisches Projekt, Bd. II, 2018, 169 (174).

[85] Analysen von Defiziten der repräsentativen Demokratie im Allgemeinen oder ihrer konkreten Ausgestaltung (oder jedenfalls eines Unbehagens) haben Konjunktur und finden ihren Ausdruck in Wortzusammensetzungen wie Postdemokratie, Verlustdemokratie u.ä., siehe nur pointiert *Colin Crouch* Postdemokratie, 2008; zudem *Klaus von Beyme* Von der Postdemokratie zur Neodemokratie, 2012; *Hans-Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte* (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013; *Alexander Thiele* Verlustdemokratie, 2. Aufl. 2018.

erzwingt die Dogmatik der Parlamentsvorbehalte eine parlamentarische Regelung, andererseits ist aber deren Inhalt weitgehend verfassungsrechtlich determiniert. Das Parlament hat zwar über alles zu befinden, in der Sache aber wenig zu entscheiden. Dass dann die Aufhebung des Fraktionszwangs zu „Sternstunden des Parlaments“ führen könnte, ist eine Illusion, die die Legitimationsstruktur parlamentarischer Demokratie verfehlt.[86]

Es spricht viel dafür, dass prozedurale Mechanismen in einer pluralen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft leistungsfähiger sind als ein Verfassungsverständnis, das ethisch umstrittene Fragen für materiell determiniert hält. Das Verfahren zur Vorbereitung der Revision des französischen Bioethikgesetzes in diesem Jahr – der partizipative Konsultationsprozess im Vorfeld der parlamentarischen Beratungen, dessen Vorstrukturierung durch den Ethikrat und jetzt dessen Überführung in das parlamentarische Verfahren durch die Gutachten des *Conseil d’Etat* und des Ethikrats – scheinen mir deshalb überzeugend gelungen zu sein, gerade in einer Situation weltanschaulicher Pluralität und unter den veränderten Kommunikationsgewohnheiten durch die Digitalisierung. Es geht, wohlgemerkt, um breite Partizipation zur Vorbereitung der parlamentarischen Beratungen, nicht um ein Referendum zur Bestätigung von dessen Ergebnis.[87]

Die guten Erfahrungen, die Frankreich mit diesem Experiment in diesem Jahr macht, unterstreichen die Vitalität demokratischer Prozesse und ihr Problemlösungs- und Konsensbildungspotential, wenn man denn die Mühe aufbringt für ein adäquates Verständnis medizinischer Zusammenhänge, für eine ernsthafte Auseinandersetzung mit ethischen Grundpositionen, für ein Verstehen auch der Gegenposition, für ein rationales Abwägen von Argumenten. Das haben die französische Gesellschaft ebenso wie die Institutionen der Republik dieses Jahr im Bereich der Reproduktionsmedizin geleistet. Da kann man abschließend nur sagen: Vielen Dank!

---

[86] Eingehend zu den fehlgehenden Prämissen einer Position, die in biopolitischen Entscheidungen ohne Fraktionsdisziplin „Sternstunden des Parlaments“ erblicken möchte: *Augsberg* „Sternstunden“ (Fn. 85), insb. 171 ff.; *ders*. Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie: Die Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie unter Bedingungen komplexer Gesellschaften, in: Hans-Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 27; zu den epistemischen Vorteilen des Parlamentarismus *Oliver Lepsius* Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Martin Bertschi et al. (Hrsg.) Demokratie und Freiheit – 39. Assistententagung Öffentliches Recht, 1999, 123 ff.

[87] Zu möglichen Vorteilen biopolitischer Referenden, in der Tendenz zurückhaltend: *Möstl* Volksabstimmungen (Fn. 40), insb. 159 ff.

Leitsätze des 1. Referenten über:

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?

I. Problemaufriss

(1) Die Fortpflanzungsmedizin verheißt die Erfüllung sehnlichster Wünsche und löst zugleich apokalyptische Ängste aus. So illusorisch manche Hoffnung, so ungetrübt von Sachkenntnis mancher Einwand.

(2) Im Recht der Reproduktionsmedizin bündeln sich zahlreiche große Streitfragen. Die Spannweite nationaler Regelungen reicht von sehr liberal (Großbritannien) über recht restriktiv (Frankeich) bis zu deutlich restriktiv (Deutschland).

II. Regelungsaufträge im Bereich der Reproduktionsmedizin im Rechtsvergleich

1. Adressat eines reproduktionsmedizinischen Regelungsauftrags

(3) Das Recht der Reproduktionsmedizin ist kaum durch internationale Regelungen und europarechtliche Vorgaben geprägt. Völkerrechtliche Abkommen kommen in biomedizinischen Fragen kaum zu Stande oder werden nur von wenigen Staaten ratifiziert, so dringlich sie für bestimmte Fragen (Auslandsleihmutterschaft) wären.

(4) Nach einem Regelungsauftrag „für den Staat" kann man nur in Bezug auf Deutschland fragen. In Großbritannien und Frankreich treten andere, nicht deckungsgleiche Konzepte an diese Stelle (crown/government bzw. république/nation, zudem auch der Staat, qualifiziert als état républicain). Das hat Konsequenzen für die Erwartungen an die Normierung der Reproduktionsmedizin.

2. Regelungsziele und Erwartungen an die Gesetzgebung

(5) Dem deutschen Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich die Aufgabe gestellt, die – tendenziell statischen – Vorgaben des Grundgesetzes auszu-

buchstabieren. Je nach Position werden dabei insbesondere grundrechtliche Schutzpflichten oder das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung betont. Stets wird also von der Verfassung aus gedacht und argumentiert: das Recht der Reproduktionsmedizin als konkretisiertes Verfassungsrecht.

(6) In Frankreich dient die reproduktionsmedizinische Gesetzgebung dazu, die – tendenziell dynamischen – Wertvorstellungen der Gesellschaft in die verbindliche Form des demokratischen Gesetzes zu überführen: das Recht der Reproduktionsmedizin als Ausdruck der volonté générale.

(7) In Großbritannien soll government, sei es im gesetzgebenden, sei es im exekutiven Handlungsmodus, für Qualität im Gesundheitswesen sorgen, ohne dabei individuelle Freiheiten einzuschränken: das Recht der Reproduktionsmedizin als Handbuch des Qualitätsmanagements für Reproduktionskliniken.

III. Regelungstechniken für das Recht der Reproduktionsmedizin im Rechtsvergleich

1. Deutschland

(8) Der verfassungsrechtlich hochgezogene Parlamentsvorbehalt ist im Reproduktionsmedizinrecht (wie in anderen Rechtsgebieten) partiell wirkungslos, auch wenn sich die verbreitete Kritik an gesetzgeberischer Zurückhaltung teilweise auf überholte Rechtszustände bezieht.

(9) Gegenüber der legitimierenden Wirkung expertokratischen Sachverstands ist aus demokratietheoretischen Gründen auch dann Skepsis geboten, wenn er von Ärzten eingebracht wird und deren Handeln auf das Wohl der Patienten verpflichtet ist.

2. Frankreich

(10) Die Selbstbindung des französischen Gesetzgebers zur Revision des Bioethikgesetzes in einem Sieben-Jahres-Rhythmus verleiht der Gesetzgebung eine sachlich angemessene Dynamik.

(11) Der Konsultationsprozess im Vorfeld der laufenden Revision des Bioethikgesetzes zeigt typische Zeichen der demokratischen Partizipation im Internetzeitalter: themengebunden, zeitlich begrenzt, intensiv, aber nicht institutionell gebunden oder verstetigt. Die staatliche Initiierung, Lenkung und Filterung der Debatte haben eine Verrohung der Sprache und eine Banalisierung der Argumente wirksam verhindert.

(12) In Abkehr von einem tradierten Laizitätsverständnis verleiht die französische Rechtsordnung religiös begründeten Positionen zur Repro-

duktionsmedizin ausdrücklich Gehör und bindet die Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in die Partizipationsprozesse ein.

3. Großbritannien

(13) Die britische Parlamentsgesetzgebung zur Reproduktionsmedizin ist wegen der technizistischen Gesetzgebungstechnik recht umfangreich, beschränkt sich inhaltlich aber auf punktuelle Regelungen.

(14) Entscheidende Einzelfragen (beispielsweise die Mitochondrienspende) werden im Wege exekutiver Rechtsetzung durch statutory instruments normiert. Für deren Inhalte ist die Ministerialbürokratie weitgehend frei von parlamentarischen Vorgaben.

(15) Die im Code of Practice der britischen Regulierungsbehörde niedergelegten Lizenzierungsbedingungen sind für Reproduktionskliniken faktisch bindend. Die Behörde ist formal unabhängig gestellt; ihre finanzielle Abhängigkeit von den Reproduktionskliniken und die Dominanz von Medizinern in ihrem board begründen indes Zweifel an ihrer sachlichen Unabhängigkeit.

IV. Zusammenfassende Erkenntnisse und Perspektiven

1. Erklärungsansätze für die unterschiedliche Liberalität der reproduktionsmedizinischen Regelungen

(16) Es gibt zahlreiche Erklärungsansätze für die unterschiedliche Liberalität der reproduktionsmedizinischen Gesetzgebung, beispielsweise aus institutioneller, religionssoziologischer oder historischer Perspektive. Auch eine Praxis regelmäßiger Gesetzesrevisionen liberalisiert tendenziell die Regelungen zur Reproduktionsmedizin. Entsprechende Zusammenhänge liegen aber nur selten auf der Hand; zwingende Nachweise sind methodisch kaum zu führen.

2. Kontroversen über die Reproduktionsmedizin als Gradmesser der Vitalität demokratischer Prozesse

(17) Für die Regelung der Reproduktionsmedizin vertraut Frankreich dem politischen Prozess, Großbritannien der eigenen Freiheitstradition, Deutschland auf das Grundgesetz. Die Orientierungspunkte sind damit strukturell verschieden: einerseits prozeduraler, andererseits materieller Natur.

(18) Die weitgehende Reduktion des Themas Reproduktionsmedizin auf ein Qualitätssicherungsproblem in Großbritannien überzeugt nicht, weil durch diesen Ansatz eine demokratische Auseinandersetzung über die ethischen Grundsatzfragen kaum stattfindet.

(19) Prozedurale Mechanismen sind in einer pluralen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft tendenziell leistungsfähiger als das in Deutschland dominierende Verfassungsverständnis, das ethisch umstrittene Fragen für materiell durch die Verfassung determiniert hält.

(20) Der breite gesellschaftliche Konsultationsprozess im Vorfeld der Revision des französischen Bioethikgesetzes in diesem Jahr und dessen Überführung in das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren unterstreichen das Potential und die Vitalität demokratischer Prozesse, und zwar gerade in einer Situation weltanschaulicher Pluralität und unter den veränderten Kommunikationsgewohnheiten durch die Digitalisierung.

Vierter Beratungsgegenstand:

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?*

2. Referat von *Angelika Siehr*, Bielefeld

Inhalt

---

* Mein Dank gilt meinem Lehrstuhlteam für tatkräftige Unterstützung bei der Recherche, meinem Bielefelder Kollegenkreis im Öffentlichen Recht sowie *Anna-Bettina Kaiser*, *Tobias Herbst* und *Martin Hochhuth* für Gespräche und Hinweise, vor allem aber *Thomas Wischmeyer* und *Carsten Bäcker* für intensive Diskussionen einzelner Thesen.

I. Einleitung

Eigene Kinder sind für viele Menschen ein wesentlicher Teil ihres Lebensentwurfs. Um den häufig als existentiell erlebten Kinderwunsch zu erfüllen, kommt schon seit vielen Jahren die künstliche Befruchtung bzw. In-vitro-Fertilisation (IVF) zum Einsatz. Galt die Geburt des ersten „Retortenbabys", der Britin Louise Brown, vor 40 Jahren noch als Sensation, so sollen inzwischen weltweit bereits mehr als acht Millionen Kinder auf diese Weise gezeugt worden sein.[1] Dank der rasanten Entwicklung in der

[1] Vgl. *Aerzteblatt.de* 40 Jahre künstliche Befruchtung: Acht Millionen Babys kamen zur Welt, 04.06.2018 <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/96224/40-Jahre-kuenstliche-Befruchtung-Acht-Millionen-Babys-kamen-zur-Welt> (Stand 26.10.18); s.a. *Lea-Melissa Vehling* Acht Millionen Menschen aus dem Reagenzglas, 03.07.2018 <http://www.faz.net/aktuell/wissen/leben-gene/kuenstliche-befruchtung-wie-oft-klappt-es-15672295.html> (Stand 22.10.18). Im Jahr 2015 waren es noch 5 Mio., s. *Deutsches IVF-Register (DIV) e.V.* Deutsches IVF-Register Jahrbuch 2016, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrino-

Reproduktionsmedizin können heute Probleme überwunden werden, die früher das Schicksal der Kinderlosigkeit besiegelt hätten.[2] Damit steigen aber nicht nur die Chancen, das Grundrecht auf Fortpflanzungsfreiheit[3] realisieren zu können, sondern auch der Regulierungsbedarf. Daher ist der Ruf

---

logie 2017 (8). Allein in Deutschland sollen zwischen 1997–2015 ca. 250.000 Kinder auf diese Weise gezeugt worden sein, vgl. ebd., 41. Die Zahl der in vitro gezeugten Kinder steigt weiter exponentiell an, da heute einerseits das Durchschnittsalter der Erstgebärenden höher ist, andererseits Umweltbelastungen, Stress und weitere Faktoren die Spermienqualität einschränken können. Zudem ist die Reproduktionsmedizin in den Industrieländern längst der breiten Bevölkerung zugänglich. So wurden in Deutschland im Jahr 2015 ca. 65.000 künstliche Befruchtungen durchgeführt, s. ebd., 11. Damit liegt Deutschland in Europa hinter Spanien (200.000 Befruchtungsversuche im Jahr 2015) und Russland (96.512 Befruchtungsversuche) auf dem dritten Platz, vgl. *Vehling* ebd.

[2] Bei mangelhafter Motilität (Beweglichkeit) der Spermien kann ein Spermium z.B. im Rahmen der sog. Intrazytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) direkt in die Eizelle injiziert werden. Bei Problemen in der Spermatogenese können (noch unreife) Spermien durch eine Testikuläre Spermienextraktion (TESE) direkt aus den Hoden oder durch eine Mikrochirurgische epididymale Spermienaspiration (MESA) aus den Nebenhodenkanälchen gewonnen und für eine ICSI verwendet werden; s. dazu und zu weiteren Methoden der assistierten Reproduktion *Anna-Katharina Wagner* Die Fortpflanzungsmedizin auf dem Prüfstand der europäischen Dienstleistungsfreiheit, 2018, 38 ff.

[3] Über die Herleitung des Rechts auf Fortpflanzungsfreiheit besteht Streit. Zumeist wird es aus dem in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR) abgeleitet; s. etwa *Ulrich M. Gassner/Jens Kersten/Matthias Krüger/Josef F. Lindner/Henning Rosenau/Ulrich Schroth* Fortpflanzungsmedizingesetz Augsburg-Münchner-Entwurf (AME-FMedG), 2013, 31 f.; *Ulrich M. Gassner* Legalisierung der Eizellspende?, ZRP 2015, 126; s.a. *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher* Grundrechte, 34. Aufl. 2018, Rn. 443. Beim APR betrifft es den Aspekt der Selbstbestimmung; einige sprechen daher auch vom Grundrecht auf reproduktive Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, so *Jens Kersten* Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, NVwZ 2018, 1248 (1249); *Carina Dorneck* Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, 67 ff. (69 f. m.w.N. zum Meinungsstreit); ebenso *Andrea Büchler* Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 5 ff. u. *pass*. (Gutachten für den Schweizerischen Juristentag 2016). Andere stützen das Grundrecht auf Fortpflanzungsfreiheit (so die überwiegende Bezeichnung) auf Art. 6 Abs. 1 GG, da es um die selbstbestimmte Familiengründung gehe, s. *Frauke Brosius-Gersdorf* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 GG Rn. 117; *Friedhelm Hufen* Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001, 440 (442); *Dagmar Coester-Waltjen* Reproduktive Autonomie aus rechtlicher Sicht, in: Claudia Wiesemann/Alfred Simon (Hrsg.) Patientenautonomie, 2013, 222 (223 f.), die Art. 6 Abs. 1, 4 GG nennt; *dies*. in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar I, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 49, 109. Wieder andere setzen zwar beim APR an, gehen jedoch von einer Verstärkung durch Art. 6 Abs. 1 GG aus, s. *Hieb* Gespaltene Mutterschaft, 20 ff. (bes. 21, 24 f.); s.a. *Wagner* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 2), 26 f. (beides sei möglich und die Wahl der dogmatischen Grundlage letztlich unerheblich).

nach einem Fortpflanzungsmedizingesetz laut geworden,[4] das das gesamte Spektrum reproduktionsmedizinischer Maßnahmen sowie familien-, sozialrechtliche und sonstige Aspekte umfassend regelt.[5] Anders als bei dem

---

[4] Siehe dazu *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland. Diskussion Nr. 13, 2017 <https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2017_Diskussion_Fortpflanzungsmedizin.PDF> (Stand 23.10.2018), die dies nachdrücklich fordert; jetzt auch *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 3), 27 ff. u. *pass*.; s. zuvor statt vieler *Christiane Wendehorst* Rechtliche Anforderungen an ein künftiges Fortpflanzungsmedizingesetz, in: Fuat Oduncu/Katrin Platzer/Wolfram Henn (Hrsg.) Der Zugriff auf den Embryo, 2005, 35 ff. (zusf. 50 f.); *Hans-Georg Koch* Einfachgesetzliche Regelungsoptionen für den Gesetzgeber, in: Giovanni Maio (Hrsg.) Der Status des extrakorporalen Embryos, 2007, 657 (658 f. m.w.N. in Fn. 3); *Henning Rosenau* (Hrsg.) Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012; *Gassner* u.a. AME-FMedG (Fn. 3), *pass*.; *Patricia Jofer* Regulierung der Reproduktionsmedizin, 2014, 533 ff. (552); s. für die wenigen Gegenstimmen, die nur einen eingeschränkten Änderungsbedarf im Hinblick auf den Schutz des Samenspenders und seiner Erben vor finanziellen Ansprüchen des Kindes sehen, *Monika Frommel/Jochen Taupitz/Alexandra Ochsner/Franz Geisthövel* Rechtslage der Reproduktion in Deutschland, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2010, 96 (105).

[5] Es wird nicht immer ganz deutlich, ob die u.a. auf medizin-, familien- und sozialrechtliche Unstimmigkeiten gestützte Forderung nach „einer neue[n], umfassende[n] Regelung der Fortpflanzungsmedizin" (s. *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* FMedG [Fn. 4], 6) ein einheitliches Gesetz meint – das könnte dann nur ein Artikelgesetz sein, wie dies von *Gassner* u.a. AME-FMedG (Fn. 3), 45, auch explizit vorgeschlagen wird. Andere denken wohl eher an eine Neuregelung der Fortpflanzungsmedizin, die u.a. das ESchG, das Gewebegesetz von 2007 zur Umsetzung der EU-Geweberichtlinie, die Regelungen zur PID und das StZG (die Einbeziehung des StZG bejahend *Jofer* Regulierung [Fn. 4], 553) reformieren bzw. zusammenfassen würde, sowie an die getrennte Regelung von Folgefragen (so *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin [Fn. 3], 263 ff., 270, für familien-, erb-, sozial-, steuer- und arbeitsrechtliche Folgefragen). Zu familienrechtlichen Folgefragen ausführlich *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 2017; *Nina Dethloff* Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Anne Röthel/Bettina Heiderhoff (Hrsg.) Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, 2016, 19 ff.; *Ann-Katrin Kaufhold* Was darf der Staat? Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, ebd., 87 ff., u. weitere Beiträge in diesem Bd. sowie in: *Anne Röthel/Bettina Heiderhoff* (Hrsg.) Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014. Zu erb- und anderen zivilrechtlichen Folgefragen schon früh *Dagmar Coester-Waltjen*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen. Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, 2. Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme, Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, 1986; s. jetzt speziell zur Mehrelternschaft *Anne Sanders* Mehrelternschaft, 2018. Eingehend zu dem die künstliche Befruchtung regelnden § 27a SGB V *Frauke Brosius-Gersdorf* in: Josef Berchtold/Stefan Huster/Martin Rehborn (Hrsg.) Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 27a SGB V; s. dazu auch *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 3), 1251 f., u. unten Fn. 28.

noch als reines Strafgesetz erlassenen Embryonenschutzgesetz[6] hat der Bund dafür heute auch die Gesetzgebungskompetenz.[7]

Der Vortragstitel zielt nun auf die Frage, ob der kompetentiell mögliche Erlass eines Fortpflanzungsmedizingesetzes rechtspolitisch oder sogar verfassungsrechtlich geboten ist. Da kein expliziter Gesetzgebungsauftrag existiert, wäre Letzteres nur zu bejahen, wenn der Regulierungsbedarf so dringlich ist, dass ein weiteres Untätigbleiben des Gesetzgebers als Verletzung staatlicher Schutzpflichten zu werten wäre. Dem liegt die Frage voraus, warum der Gesetzgeber sich dieser Aufgabe bislang nicht gestellt hat.

Die Beantwortung dieser Fragen erfordert zunächst eine Bestandsaufnahme im Hinblick auf die monierten Defizite des Embryonenschutzgesetzes. Zudem sollen die mit einer Neuregelung im Bereich der Reproduktionsmedizin verbundenen besonderen Herausforderungen für den Gesetzgeber näher beleuchtet und ihre verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen skizziert werden.

---

[6] Embryonenschutzgesetz (ESchG) v. 13.12.1990 (BGBl. I 2746, zul. geänd. durch Ges. v. 21.11.2011, BGBl. I 2228); s. zur damaligen kompetenzrechtlichen Lage und den Vorarbeiten für das ESchG *Jofer* Regulierung (Fn. 4), 53 ff. Das Stammzellgesetz von 2001 beruht hingegen bereits auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG. Es betrifft aber nur die Forschung; d.h. allein zu diesem Zweck dürfen Stammzellen unter sehr restriktiven Bestimmungen eingeführt werden; s. *Jochen Taupitz* Import embryonaler Stammzellen, ZRP 2002, 111–115; allg. *Peter Kaiser* in: Hans-Ludwig Günther/Jochen Taupitz/ders. (Hrsg.) ESchG, 2. Aufl. 2014, A. V. Rn. 218 ff.; zur Legaldefinition der (pluripotenten) Stammzelle *Hans-Georg Dederer* Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen, 2012, § 3, Rn. 1 ff. Während das ESchG durch europarechtliche Vorgaben kaum berührt wird, ist dies beim StZG anders; s. dazu *ders.* Human-embryonale Stammzellforschung vor dem Aus?, EuR 2012 336 (bes. 341 ff.). Das Urt. des EuGH in der Rs. Brüstle/Greenpeace v. 18.10.2011, C-34/10, das sich mit der Auslegung von Art. 6 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 98/44/EG (Biopatentrichtlinie) beschäftigt, schließt eine Patentierung auf dem Gebiet der human-embryonalen Stammzellforschung in Europa weitgehend aus und bremst damit i.E., wie *Dederer* ebd., 341, krit. anmerkt, die Entwicklung von Zellersatztherapien zur Heilung schwerer, bislang unheilbarer Krankheiten aus; s. dazu auch *Pedro Henrique Batista* Zur Patentierung menschlicher embryonaler Stammzellen – kritische Würdigung der Entscheidung des EuGH im Fall Brüstle, GRUR Int. 2013, 514 ff.

[7] Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für „die medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens, die Untersuchung und die künstliche Veränderung von Erbinformationen sowie Regelungen zur Transplantation von Organen, Geweben und Zellen“.

II. Bestandsaufnahme und besondere Herausforderungen der gesetzlichen Regulierung

Die Defizite der aktuellen Rechtslage sind wiederholt beschrieben worden. Besonders prägnant wird das Votum für ein umfassendes Fortpflanzungsmedizingesetz von der nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina auf den Punkt gebracht.[8] Die Kritik zielt darauf, dass das Embryonenschutzgesetz von 1990 als reines Strafgesetz auf die medizinische Entwicklung und den gesellschaftlichen Wandel nicht angemessen reagieren könne und der Komplexität der Materie nicht gerecht werde. Es beruhe auf einem veralteten Wissensstand, was in der Praxis große Rechtsunsicherheit erzeuge.[9] Tatsächlich stützt sich bereits die Definition des Embryos in § 8 ESchG, wonach jede „befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle […]“ als Embryo gilt,[10] auf überholte Vorstellungen von den zell- und molekularbiologischen Abläufen bei der Befruchtung und frühen Embryonalentwicklung. Aktuelle Forschungsergebnisse legen nahe, dass die – für den Rechtsbegriff des Embryos entscheidende – Verschmelzung der elterlichen Chromosomensätze in der befruchteten Eizelle später stattfinden könnte als bisher gedacht.[11] Ferner hat sich gezeigt, dass Zellen reprogrammierbar sind, der Verlust der Totipo-

---

[8] Siehe *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* FMedG (Fn. 4), zusf. 5.

[9] *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* FMedG (Fn. 4), 6 f.; *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 3), 27 ff.; s.a. *Gassner* u.a. AME-FMedG (Fn. 3), 20 ff.

[10] Eingehend zum Begriff des Embryos i.S.v. § 8 EschG *Taupitz* in: Günther/ders./Kaiser (Fn. 6), C. II. § 8 Rn. 2 ff.; *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 3), 55 f., betont, dass diese Legaldefinition den Begriff des Embryos lediglich für das ESchG als strafrechtliches Nebengesetz festlege und die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Status nicht beantworten könne. *Eric Hilgendorf* Stufungen des vorgeburtlichen Lebens- und Würdeschutzes, in: Carl F. Gethmann/Stefan Huster (Hrsg.) Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, 2010, 175 (176 f.), kritisiert die Ausweitung und Bedeutungsverschiebung des Begriffs „Embryo“ (auch) im ESchG; insbes. laufe die Abgrenzung über den Begriff der „Totipotenz“ (s. dazu auch Fn. 12) im Hinblick auf die heutigen Möglichkeiten der „Rückprogrammierung“ von Zellen ins Leere. *Hartmut Kreß* Präimplantationsdiagnostik und Fortpflanzungsmedizin angesichts des ethischen Pluralismus, ZRP 2010, 201 (204), hält es für sinnwidrig, für künstlich reprogrammierte Zellen einen Würde- oder Embryonenschutz behaupten zu wollen. Gleichzeitig werde es aber auch schwieriger, ihn für die natürliche Totipotenz aufrechtzuerhalten, da die Grenze zwischen der natürlichen Totipotenz frühembryonaler Zellen und einer künstlichen Pluri- oder Totipotenz immer unschärfer werde. Der Rekurs auf die Totipotenz in § 8 Abs. 1 ESchG müsse heute kritisch hinterfragt werden. Zur normativen Bewertung von totipotenten menschlichen Zellen s. die Beiträge in *Tobias Cantz/Thomas Heinemann/Hans-Georg Dederer* (Hrsg.) Entwicklungsbiologische Totipotenz in Ethik und Recht, 2014.

[11] Siehe dazu *Joachim Müller-Jung* FAZ v. 13.7.2018, Nr. 160, 9.

tenz, also der Fähigkeit, einen eigenständigen Organismus zu bilden, somit prinzipiell umkehrbar ist.[12]

Bestimmte Maßnahmen, wie die Embryonenspende, bei der die intendierte Mutter oder Wunschmutter einen für eine abgeschlossene Kinderwunschbehandlung gezeugten, nun ungewollt überzähligen Embryo austrägt, fallen in eine Gesetzeslücke.[13] Hier ist, angefangen bei der Einwilligung der Spender, noch vieles ungeregelt.[14] Auch wird kritisiert, dass das Embryonenschutzgesetz teils eine nach dem internationalen Standard

---

[12] Dazu ausführlich *Kaiser* in: Günther/Taupitz/ders. (Fn. 6), A. V. Rn. 218 ff. (bes. 229 f.); s.a. *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 3), 1248 f., sowie oben Fn. 10.

[13] Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2, 6 ESchG: Diese Verbotstatbestände werden als nicht erfüllt angesehen, da es hier ja um die Rettung eines überzähligen Embryos gehe und dies auch Vorrang vor dem Verbot der gespaltenen Mutterschaft habe (s. zu diesem Teilziel des ESchG *Günther* in: ders./Taupitz/Kaiser [Fn. 6], C. II. Vor § 1 Rn. 4). Mit dieser Begründung wird die Embryonenspende als nicht strafbar angesehen, s. *Jochen Taupitz/Franz Geisthövel/Dagmar Coester-Waltjen/Helmut Frister/Monika Frommel/Sara Gerke/Benjamin Hermes/F. Hufen/Henning-Martin Beier/C. Thaler/Alexandra Ochsner* V. Mannheimer Workshop zur Fortpflanzungsmedizin: Ein juristischer Diskurs zur Präimplantationsdiagnostik und Embryonenspende auf der Basis neuerer reproduktionsbiologischer Prämissen, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2015, 42 (53); *Deutscher Ethikrat* Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, 2016, bes. 9 ff., 23, 135; *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 3), 1248; *Günther* in: ders./Taupitz/Kaiser (Fn. 6), B. V. Rn. 79 und C. II Rn. 44; *Taupitz* ebd., C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 6 ff.; *Ralf Müller-Terpitz* in: Andreas Spickhoff (Hrsg.) Medizinrecht 2014, § 1 ESchG Rn. 8 ff.; s.a. *Jochen Taupitz/Benjamin Hermes* Eizellspende verboten – Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, 1802 (1803 f.), die aber darauf hinweisen, dass das Lebensrettungsargument nur nach der Kernverschmelzung gilt, der Transfer im Vorstadium der Imprägnation hingehen nach dem ESchG strafbar ist und das Auftauen und Weiterkultivieren kryokonservierter 2-PN-Zellen zum Zweck einer (ursprünglich nicht geplanten) Embryonenspende str. ist. Für die ausdrückliche Zulassung der Embryonenspende *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 3), 143 ff. (152); s. zur Embryonenadoption (so ihr Begriff) auch *Michaela Lehmann* Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen, 2007, 149 f., 152–164.

[14] So muss u.a. geregelt werden, ob eine Einwilligung beider Spender erforderlich ist; bejahend *Christian Starck* Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin, JZ 2002, 1066 (1072); a.A. *Lehmann* In-vitro-Fertilisation (Fn. 13), 155 ff. (bes. 159 f. m.w.N.), die zwar prinzipiell eine Zustimmung der Eltern verlangt, doch könne diese durch den Staat im Sinne des Kindeswohls ersetzt werden; ebenso *dies.* Die Adoption elternfreier Embryonen aus verfassungsrechtlicher Sicht, Zeitschrift für Lebensrecht 2008, 106 (114 ff.). Teils wird insoweit auch eine Parallelwertung zur Adoption vorgenommen, s. *Eva Schumann* Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: Henning Rosenau (Hrsg.) Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012, 155 (177 ff.); *dies.* Elternschaft nach Keimzellspende und Embryoadoption, MedR 2014, 736 (739 f., 743 f.). Siehe zu den unterschiedlichen Fragen in diesem Zusammenhang (Eltern-Kind-Zuordnung, Anspruch auf statusunabhängige Klärung der genetischen Abstammung, Aufnahme der Spender ins Spenderregister, keine konkrete Kindeswohlprüfung etc.) eingehend *Anke Hübner* Die Embryoadoption, 2009; s.a. *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht (Fn. 5), 35, 110 f. u.

nicht mehr adäquate, mit gesundheitlichen Risiken verbundene Behandlung erzwinge. So könnten durch den „elektive Single Embryo Transfer", bei dem nur der Embryo mit den besten Entwicklungschancen in den Uterus transferiert wird, die Risiken von Mehrlingsgeburten deutlich reduziert werden.[15] Nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG ist dies jedoch verboten.[16]

Ferner sind nach geltendem Recht bestehende Ungleichbehandlungen an Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 GG zu messen; bspw. ist in Deutschland die Samenspende erlaubt, die Eizellspende aber verboten.[17] Das bedeutet, dass ein Mann, der Fertilitätsprobleme hat, hier eine Familie gründen kann, eine Frau hingegen nicht.[18] In der Praxis führen die Verbote der

---

pass.; *Deutscher Ethikrat* Embryospende (Fn. 13), zusf. 126 ff.; *Sanders* Mehrelternschaft (Fn. 5), bes. 268 ff., 309 f., 439 f.

[15] Diese Methode (eSET) wird vor allem in den skandinavischen Ländern mit Erfolg praktiziert (dazu im Einzelnen *Taupitz* in: Günther/ders./Kaiser [Fn. 6], C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 3, Rn. 5 ff.). Nur der Embryo, der nach morphologischer Begutachtung die besten Entwicklungschancen besitzt, wird in den Uterus transferiert. Der zweite Embryo wird für einen weiteren Versuch kryokonserviert, also in flüssigem Stickstoff eingefroren. Zu den mit Mehrlingsschwangerschaften verbundenen Risiken zählt u.a. ein niedrigeres Geburtsgewicht der Kinder und die Gefahr einer Frühgeburt, die zu bleibenden Beeinträchtigungen führen kann, vgl. dazu jüngst unter Hinweis auf aktuelle Studien *Jakob Simmank*, Künstliche Befruchtung, 2018 <https://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2018-09/kuenstliche-befruchtung-zeugung-kinderwunsch-fortpflanzung-kinder-gesundheit/komplettansicht> (Stand 22.10.18). Bei der Mutter besteht u.a. ein sechsfach erhöhtes Risiko für schwangerschaftsassoziierte Komplikationen wie Bluthochdruck, Diabetes und Embolien, vgl. dazu und zu weiteren Risiken *Josef Deutinger* Mehrlingsschwangerschaft – Risikoschwangerschaft, Geburtshilfe und Frauenheilkunde, 2012, 378 (383).

[16] § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG verbietet unter Androhung einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, mehr Eizellen einer Frau zu befruchten, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG dürfen innerhalb eines Zyklus max. drei Embryonen übertragen werden (sog. Dreier-Regel); s. zu der str. Frage, was das für die Zahl der zu befruchtenden Eizellen bedeutet, *Günther* in: ders./Taupitz/Kaiser (Fn. 6), C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 7 f.; *Joachim Renzikowski* Embryonenauslese und „Dreierregel", Gynäkologische Endokrinologie 2004, 172 ff. (177), macht deutlich, dass de lege lata kein Weg an der „Dreierregel" vorbeiführt. Beim eSET wird aber zunächst ganz bewusst nur ein Embryo übertragen (s. Fn. 15); s. zur strafrechtlichen Problematik des eSET nach dem ESchG auch *Müller-Terpitz* in: Spickhoff (Fn. 13), § 1 ESchG Rn. 13.

[17] Dazu *Mathias Reinke* Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008; *Sigrid Graumann* Eizellspende und Eizellhandel – Risiken und Belastungen für die betroffenen Frauen, in: Gisela Bockenheimer-Lucius/Petra Thorn/Christiane Wendehorst (Hrsg.) Umwege zum eigenen Kind – Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, 2008, 175 ff.; *Giselind Berg* Die Eizellspende – eine Chance für wen?, in: ebd., 239 ff.; *Gassner* Eizellspende (Fn. 3); *Taupitz/Hermes* Eizellspende (Fn. 13).

[18] Unbestreitbar existieren hinsichtlich der Gewinnung von Keimzellen zwischen Männern und Frauen biologische Unterschiede. Doch fragt sich, ob diese die Ungleichbehandlung tatsächlich rechtfertigen, zumal sich die körperlichen Belastungen für Eizellspenderin-

Eizellspende und auch der Leihmutterschaft vor allem dazu, dass diese im Ausland[19] durchgeführt werden. Der deutsche Gesetzgeber, der die dortigen Rahmenbedingungen nicht beeinflussen kann, sollte sich zumindest auf völkerrechtlicher Ebene um Regelungen zum Schutz der betroffenen Frauen und Kinder bemühen.[20] Nur so können Fälle wie der eines australischen Paares, das ein behindertes Kind bei seiner thailändischen Leihmutter zurückließ,[21] künftig verhindert werden. Das deutsche Rechtssystem muss aber auch die Folgen der (legalen) Inanspruchnahme der Leihmutterschaft im Ausland bewältigen. Wie die Rechtspraxis zeigt,[22]

---

nen heute durch verbesserte Stimulationstechniken deutlich reduzieren lassen und auch ein „egg sharing" möglich ist, also die Spende überzähliger Eizellen aus einer IVF-Behandlung (dazu *Kersten* Regulierungsauftrag [Fn. 3], 1253). Der Umstand, dass auch bei der Keimzellspende allein die „gespaltene Mutterschaft" (dazu *Hieb* Gespaltene Mutterschaft [Fn. 3]; *Taupitz* in: Günther/ders./Kaiser [Fn. 6], C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 1 f.), nicht aber die „gespaltene Vaterschaft" (dazu *Hans-Ludwig Günther* ebd., B. V. Rn. 81 ff.) problematisiert wird, spricht dafür, dass es schlicht um tradierte Rollenbilder gehen könnte. Zumindest hat dieses Argument bei der in Deutschland gleichfalls verbotenen Leihmutterschaft ein ganz anderes Gewicht, da eine Leihmutter zu dem Kind, das sie für die intendierten Eltern austrägt, in der Schwangerschaft eine eigene Bindung entwickeln kann.

[19] Siehe zum „Reproduktionstourismus" *Coester-Waltjen* Reproduktive Autonomie, in: Wiesemann/Simon (Fn. 3), 222 (233 m.w.N. in Fn. 56); s. zu den Strafbarkeitsrisiken solcher Behandlungen mit Auslandsbezug *Brian Valerius* Kinderwunschbehandlungen im Ausland, Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra) 2017, 20 ff.; allg. zur Rechtslage bzgl. der Reproduktionsmedizin in einzelnen europäischen Ländern *Wagner* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 2), 47 ff.

[20] So auch *Coester-Waltjen* Reproduktive Autonomie, in: Wiesemann/Simon (Fn. 3), 222 (233 f.); *Nina Dethloff* Leihmutterschaft in rechtsvergleichender Perspektive, in: Beate Ditzen/Marc-Philippe Weller (Hrsg.) Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, 55 (67).

[21] Es ging um Zwillinge, die das Paar durch eine Leihmutter in Thailand legal hatte austragen lassen. Sie nahmen dann aber nur das gesunde Kind mit; s. dazu *Christoph Hein* FAS v. 10.8.2014, Nr. 32, 44, u. FAZ v. 12.8.2014, Nr. 185, 7. Thailand verbot daraufhin grundsätzlich die kommerzielle Leihmutterschaft, s. FAZ v. 21.2.2015, Nr. 44, 1, u. sz.de v. 20.2.2015 <https://www.sueddeutsche.de/panorama/konsequenzen-aus-dem-fall-gammy-thailand-verbietet-leihmutterschaft-fuer-auslaendische-paare-1.2359705> (Stand 13.10.2018).

[22] Vgl. BGHZ 203, 350: In diesem Fall hatte ein kalifornisches Gericht zwei in einer Lebenspartnerschaft verbundene Männer als rechtliche Eltern eines Kindes anerkannt, das mit dem Samen eines der Partner und einer Eizellspende gezeugt und von einer Leihmutter nach kalifornischem Recht legal ausgetragen worden war. Der BGH entschied, dass die Entscheidung des kalifornischen Gerichts nicht gegen den deutschen ordre public verstoße. Das Wohl des geborenen Kindes, dessen stabile Zuordnung zu bestimmten Eltern ansonsten gefährdet wäre, hat danach Vorrang vor generalpräventiven Erwägungen im Hinblick auf die Sanktionierung der in Deutschland verbotenen Leihmutterschaft; jetzt bestätigt durch Beschl. des BGH v. 5.9.2018, Az. XII ZB 224/17, in einem ein heterosexuelles Paar betreffenden, im Übrigen aber parallel gelagerten Fall. Es bleibt aber in beiden Fällen offen, wie zu entscheiden wäre, wenn keine ausländische Gerichtsentscheidung oder keine genetische Verwandtschaft mit einem Wunschelternteil (im Unterschied zur Leihmutter) vorläge.

sind daher auch internationalprivatrechtliche Fragen dringend regelungsbedürftig.[23]

Zudem generiert die IVF, soweit sie mit Keimzellspenden arbeitet, stets Mehrelternschaft.[24] Der Gesetzgeber muss daher u.a. die Eltern-Kind-Zuordnung klar regeln,[25] (ggf. gestufte) Elternrechte gesetzlich ausgestalten[26] und das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sichern.[27]

---

[23] *Nina Dethloff* Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922 (931 f.).

[24] Bei Leihmutterschaft wird dort, wo sie legal ist, i.d.R. die Verwendung einer Eizellspende vorgeschrieben, um zu verhindern, dass die Leihmutter mit dem Kind genetisch verwandt ist. Daher führt die Leihmutterschaft meist zu einem Auseinandertreten von genetischer Mutter, Geburtsmutter und intendierter Mutter. Bei allen Keimzellspenden fallen zumindest die genetische und die intendierte Elternschaft auseinander. In der seltenen Konstellation eines (wegen einer Erbkrankheit der Mutter vorgenommenen) Zellkerntransfers hat ein Kind sogar zwei genetische Mütter, da auch die Mitochondrien der Eihülle, in die der Zellkern transferiert wird, in geringem Maße genetisch aktiv sind; s. SZ v. 28.9.2016, 16, u. faz.net v. 27.9.2016 <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kerntransfer-baby-mit-drei-eltern-geboren-14456379.html> (Stand 30.10.2018); s.a. „Zwei Mütter und ein Baby", FAZ v. 7.5.2001, Nr. 105, S. 13: Hier wurde fremdes Zytoplasma in eine Eizelle injiziert; die fremden Gene machen dann aber nur 0,03 Prozent des Erbguts aus. Mehrelternschaft gab es bei Adoptionen und in Stiefkind-Familien schon immer; es treten jetzt also nur neue Konstellationen dazu; eingehend zu alledem *Sanders* Mehrelternschaft (Fn. 5), 197 ff. m.w.N.

[25] Dies folgt aus dem Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung seiner Erziehung und Pflege aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 GG, vgl. dazu insbesondere *Gabriele Britz* Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, 1069; s.a. *Sanders* Mehrelternschaft (Fn. 5), 125 ff. Welche Probleme insoweit auftreten können, zeigt der Fall eines unverheirateten Mannes, der der heterologen künstlichen Befruchtung seiner Partnerin zugestimmt hatte, sich aber später von der Vaterschaft lösen wollte, s. BGHZ 207, 135; Urt. v. 23.9.2015, Az. XII ZR 99/14; dazu *Sanders* ebd., 215 ff. Auch die *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* FMedG (Fn. 4), 8, mahnt eine klare Zuordnung des Kindes zum Wunschelternteil mit (oder zeitnah nach) der Geburt in allen Fällen „gespaltener Elternschaft" an.

[26] Dabei geht es, sofern die Elternstellung aus Art. 6 Abs. 2 GG geklärt ist, um hochkomplexe mehrpolige Grundrechtsverhältnisse, in deren Rahmen unterschiedliche Elternrechte zu koordinieren sind. Dies erfordert u.a. eine Vermittlung zwischen dem verfassungs- und dem einfachrechtlichen Elternbegriff. Von zivilrechtlicher Seite ist dies jetzt eingehend analysiert und ein Modell für die gesetzliche Ausgestaltung der Mehrelternschaft entwickelt worden, s. *Sanders* Mehrelternschaft (Fn. 5), 365 ff., 385 ff.

[27] Das BVerfG hat das Recht auf Kenntnis der (eigenen) Abstammung, das sich zunächst auf die Vaterschaft bezog, aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (APR) abgeleitet, s. BVerfGE 79, 256 (268 f.); 90, 263 (270 f.); 96, 56 (63); st. Rspr. Es kann auch den einem Kind rechtlich zugeordneten Vater berechtigen, s. BVerfGE 117, 202 (225 f.). Inzwischen geht es jedoch auch um die (genetische oder Leih-)Mutterschaft, s. BGH Beschl. v. 14.12.2014, Az. XII ZB 463/13, Rn. 63. Allg. zu dem Recht eines durch reproduktionsmedizinische Maßnahmen erzeugten Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung s. *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht (Fn. 5), 77 ff.; *Deutscher Ethikrat* Embryospende

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Reproduktionsmedizin in unterschiedlichen Bereichen und auf mehreren Ebenen dringenden Regulierungsbedarf erzeugt hat. Allerdings ist der Gesetzgeber hier mit einer hochkomplexen Materie und mit schwierigen Rahmenbedingungen konfrontiert: *Erstens* ist der gesamte Bereich durch eine besondere Dynamik gekennzeichnet. Zum einen schlägt der wissenschaftliche Erkenntnisfortschritt unmittelbar auf die gesetzliche Ebene durch. Zum anderen muss die Regulierung dem gesellschaftlichen Wandel – insbesondere der Pluralisierung der Familienstrukturen – Rechnung tragen.[28] Diese liegt der Fortpflanzungsmedizin voraus, wird durch sie aber auch weiter verstärkt. *Zweitens* müssen die Folgen einer globalisierten Fortpflanzungsmedizin reflektiert und geregelt werden. *Drittens* stellt sich für den Gesetzgeber die heikle Frage, wie er mit dem tiefgreifenden moralischen Dissens in grundlegenden Fragen rund um den Beginn menschlichen Lebens umgehen soll. Da auf diesem Feld heute die ‚neuen Glaubenskriege'[29] ausgefochten werden, kann es kaum

(Fn. 13), 70 f.; *Dethloff* Leihmütter (Fn. 23), 928; *Schumann* Elternschaft (Fn. 14), 747 f.; *dies*. Familienrechtliche Fragen, in: Rosenau (Fn. 14), 155 (171 f.).

[28] Neben die herkömmliche Vater-Mutter-Kind-Familie sind Patch-Work-Familien, gleichgeschlechtliche Paare mit Kindern, Alleinerziehende und schwul-lesbische Familienverbünde getreten. Auch insoweit treten unter Gleichbehandlungsaspekten neue Fragen auf. So machen heute auch Alleinstehende ein Recht auf Fortpflanzungsfreiheit geltend; die Frage, ob grds. am „Zwei-Eltern-Modell" festgehalten werden sollte, wird kontrovers diskutiert, s. *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht (Fn. 5), 29, 61; *Deutscher Ethikrat* Embryospende (Fn. 13), 72 ff.; für eine Erstreckung der Fortpflanzungsfreiheit auf Alleinstehende *Gassner* u.a. AME-FMedG (Fn. 3), 32, 56. Homosexuelle Paare haben zwar seit 2017 das Recht auf Eheschließung, doch beteiligen sich die Gesetzlichen Krankenkassen nach § 27 a Abs. 1 Nr. 3, 4 SGB nur dann an den Kosten einer IVF, wenn diese innerhalb einer Ehe und homolog, d.h. ausschließlich unter Verwendung von Keimzellen der Ehepartner, stattfindet. Damit sind homosexuelle verheiratete Paare ebenso ausgeschlossen wie unverheiratete Paare oder heterosexuelle Paare, die auf eine heterologe Gametenspende angewiesen sind. Nach *Brosius-Gersdorf* in: Berchtold/Huster/Rehborn (Fn. 5), § 27a SGB V Rn. 23, ist dies gerechtfertigt, da die Familiengründung im homologen und im heterologen System unterschiedliche Sachverhalte seien. A.A. *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 3), 1251 f.: Die IVF müsse allen unabhängig vom Familienstand und der sexuellen Orientierung offenstehen. Auch die *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* FMedG (Fn. 4), 6, 8, fordert eine Harmonisierung von einander widersprechenden Regelungen im ESchG einerseits, im Familien- und Sozialrecht sowie im ärztlichen Berufsrecht andererseits; s.a. *Berit Völzmann* Zugang zu assistierter Reproduktion, djbZ 2017, 6, u. den eindringlichen Appell an den Gesetzgeber: „Regelt das endlich!" von *Martin Spiewak*, Die Zeit v. 19.10.2017, Nr. 43, 41.

[29] Siehe *Hasso Hofmann* Verfassung der Freiheit gegen Gentechnik?, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.) Menschliches Leben – was ist das?, 2004, 63 (65): „Art von Religionskrieg"; *Horst Dreier* Bioethik, 2013, 1 f. m.w.N.; s.a. *Patrick Bahners* FAZ v. 2.7.2001, Nr. 150, 43. Es gilt generell, dass bei Fragen, „die sich um Tod und Leben, Sexualität und Reproduktion sowie Partnerschaft und Familie drehen, die Rahmung als Wertkonflikt besonders

überraschen, dass er trotz dringenden Handlungsbedarfs davor zurückschreckt, mit einer Reform die ‚Büchse der Pandora' zu öffnen.

Der moralische Dissens spiegelt sich aber auch in der Kontroverse um den aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten Rechtsstatus des extrakorporalen Embryos wider: Bioethische Position und Auslegung der Menschenwürdenorm werden so miteinander verwoben. In den ungelösten Fragen nach dem Umgang mit dem fundamentalen Wertepluralismus und der Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG[30] liegen die Hauptursachen für die gesetzgeberische Blockade, da das Verdikt der Menschenwürdewidrigkeit die jeweiligen Regulierungsvorschläge aus dem politischen Raum verbannt.[31] Diese Grundsatzfragen müssen daher vor allen Einzelfragen der geforderten Regulierung geklärt werden; dem widmet sich der folgende Vortrag.

III. Biomedizin im Spannungsfeld von gesellschaftlichem Pluralismus, staatlicher Neutralität und verfassungsrechtlichem Grundkonsens

1. Drei Perspektiven auf das Problem des fundamentalen Wertepluralismus

Unterschiedliche Disziplinen nähern sich dem Problem des Wertepluralismus, den wir zugleich als Ausdruck der Freiheitlichkeit unseres Gemeinwesens begreifen, auf unterschiedliche Weise an. So kann man mit *John Rawls* fragen: „Wie kann eine stabile und gerechte Gesellschaft freier und

---

nahe[liegt], weil es sich um existentielle Fragen der Lebensführung handelt, die vielfach im Zentrum umfassender normativer religiöser wie säkularer Vorstellungen von Gerechtigkeit oder gutem Leben stehen", so *Ulrich Willems* Wertekonflikt über bioethische Fragen aus politikwissenschaftlicher Sicht. Zu Theorie und Empirie des Umgangs demokratischer Gesellschaften mit fundamentalem moralischem Dissens, in: Marion Albers (Hrsg.) Bioethik, Biorecht, Biopolitik, 2016, 79 (90).

[30] Nach *Christoph Enders* in: Karl H. Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar, 2000; Stand: Mai 2018, Art. 1 GG Rn. 122 (2011), sind die „von Bio- und Gentechnologie sowie Fortpflanzungsmedizin eröffneten Handlungsmöglichkeiten […] zu einem Hauptanwendungsfeld des Satzes von der Menschenwürde geworden", da hier „eine ‚Behandlung (des Menschen), die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt', offenkundig" erscheine. Diese Formulierung hat das BVerfG wiederholt gewählt, um eine Verletzung der Menschenwürde zu beschreiben, s. dazu BVerfGE 30, 1 (26); 109, 279 (312 f.).

[31] *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 24 f., spricht insoweit im Blick auf Art. 79 Abs. 3 GG von einer „Art von verfassungsrechtlicher ‚Hochsicherheitszone': der Gesetzgeber, selbst der verfassungsändernde, sieht sich absolut gefesselt, wenn bestimmte Maßnahmen den Schutzgehalt der Menschenwürde tangieren." Wenn es also gelinge, bestimmte biotechnologische Praktiken als Verstöße gegen die Menschenwürde einzustufen, seien diese jedenfalls in Deutschland auf ewig untersagt: „Menschenwürdeargumente sind eben ‚Gewinnerargumente'."

gleicher Bürger, die durch vernünftige und gleichwohl einander ausschließende religiöse, philosophische und moralische Lehren einschneidend voneinander getrennt sind, dauerhaft bestehen?“ Anders formuliert: „Wie können solche Lehren zusammen bestehen und dennoch alle dieselbe politische Konzeption einer konstitutionellen Ordnung bejahen?“[32] *Rawls* fand die Antwort in seiner Schrift „Politischer Liberalismus“ im rationalen Kern eines alle streitigen metaphysischen Argumente aussparenden „overlapping consensus“ vernunftbegabter Subjekte.[33] Im Kontext unserer Fragestellung betrifft das von ihm skizzierte Problem vor allem die Staatsfundamentalnorm des Art. 1 Abs. 1 GG, die ja auch den Kristallisationspunkt der Debatte um die Fortpflanzungsmedizin bildet.

Ein anderer Aspekt der Freiheitlichkeit unseres Gemeinwesens rückt durch den rein strafrechtlichen Charakter des Embryonenschutzgesetzes in den Fokus: Seit *Kant* ist die Idee der Freiheit mit der prinzipiellen Trennung von Recht und Moral bzw. der strikten Unterscheidung von Rechts- und, wie *Kant* es ausdrückt, „Tugendpflichten“ verbunden. Das Recht gilt als äußere Zwangsordnung, die dem Einzelnen die Freiheit der Entscheidung für das aus seiner Sicht moralisch Richtige belässt.[34] Das heißt, dass

---

[32] *John Rawls* Politischer Liberalismus, 5. Aufl. 2016, 14 (s. dort für beide Zitate).

[33] *Ders.* Liberalismus (Fn. 32), 219 ff., bes. 231 ff., zu den drei Merkmalen eines übergreifenden Konsenses; *ders.* The Idea of an Overlapping Consensus (1987), in: ders./ Samuel R. Freeman (Hrsg.) Collected papers, 1999, 421 ff.; s. dazu auch *Dieter Sturma/ Bert Heinrichs* Handbuch Bioethik, 2015, 78 ff., s. bes. 79 zu Rawls u. 80 f. zur Konsensbildung in der Bioethik. *Rainer Wahl* Die Rolle des Verfassungsrechts angesichts von Dissens in Gesellschaft und Rechtspolitik, in: Giovanni Maio (Hrsg.) Der Status des extrakorporalen Embryos, 2007, 551 (579 ff.), transformiert dies in ein „*Konzept der komplexen Verständigung*“ (ebd., 581 ff.) und macht deutlich, dass die „Lösung nicht im Inhaltlichen liegen [kann], sondern im Akzeptieren des Dissenses und in der Verständigung, dass eine weltliche Rechtsordnung hier von vornherein, obwohl es grundlegende Fragen betrifft, nicht ein inhaltlich gefülltes Fundament, die substantielle Wertbasis bieten und legen kann“ (ebd., 583). Allg. zum Umgang mit moralischem Dissens und den ethischen Begründungen und Grenzen dessen, worüber Konsens erzielt werden kann, auch *Klaus Tanner* Umgang mit Dissens, in: Maio ebd., 703 (bes. 713 ff., 715).

[34] So heißt es bei *Immanuel Kant* Die Metaphysik der Sitten. Einl. in die Rechtslehre, § E, hrsgg. v. Wilhelm Weischedel Werke in zehn Bänden, Bd. 7, 1983, 339: „[…] man kann den Begriff des Rechts in der Möglichkeit der Verknüpfung des allgemeinen wechselseitigen Zwanges mit jedermanns Freiheit unmittelbar setzen. So, wie nämlich das Recht überhaupt nur das zum Objekte hat, was in Handlungen äußerlich ist, so ist das strikte Recht, nämlich das, dem nichts Ethisches beigemischt ist, dasjenige, welches keine andern Bestimmungsgründe der Willkür als bloß die äußern fordert; denn alsdann ist es rein und mit keinen Tugendvorschriften vermengt.“ Durch staatlichen Zwang sanktionierte Rechtspflichten betreffen also allein das äußere Verhalten, während Tugendpflichten durch die innere ethische Selbstgesetzgebung bzw. durch Einsicht in das Vernunftnotwendige erzeugt und durch Selbstzwang sanktioniert werden. *Hasso Hofmann* Recht und Ethik, in: Verhandlungen des Deutschen Juristentages, 2002, K 5 (K 8), merkt an, dass das sittlich gute Leben

wir in einer pluralistischen Gesellschaft um der Freiheit willen aushalten müssen, dass keineswegs alles, was Teile der Bevölkerung als moralisch verwerflich empfinden, auch rechtlich verboten ist.[35] Der Moralisierung des Rechts sind damit gewisse Grenzen gesetzt;[36] insbesondere soll das scharfe Schwert des Strafrechts nur zum Schutz des rechtsethischen Minimums[37] eingesetzt werden. Aber wird § 1 Abs. 2 ESchG, der die Verwendung einer Eizellspende bei einer IVF mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht, dieser Vorstellung gerecht? Wie lässt sich jenes rechtsethische Minimum bestimmen und taugt es als Schutzwall gegen eine übermäßige Moralisierung des Rechts? Oder ist, wie manche meinen, der „schöne Satz Georg Jellineks, das Recht sei das ethische Minimum," heute sogar „falsch" geworden?[38]

---

daher kein möglicher Gegenstand rechtsstaatlicher Gesetzgebung sei, der Rechtsstaat aber gleichwohl auf eine „weltanschaulich […] abgerüstete Moral" angewiesen sei. Siehe auch *Dietmar von der Pfordten* Kants Rechtsbegriff, in: ders. (Hrsg.) Menschenwürde, Recht und Staat bei Kant, 2009, 27 ff. Er stellt hier die These auf, dass Kant die Restriktion des Rechts auf das äußere Verhalten im Sinne seiner eigenen Moralphilosophie [d.h. i.E. eher weit] interpretiere (ebd., 28). Denn spezifisch für äußeres Handeln seien nach Kant auch „alle Veränderungen im Akteur, *die keine rein apriorische Vernunftnatur* aufweisen" (ebd., 30, s.a. 36 ff.). Daher habe Kant ungeachtet der strengen Unterscheidung von (äußeren) Rechts- und (inneren) Tugendpflichten auch keine Probleme damit, dass das Recht sich oft auch auf den inneren Willen (im alltagssprachlichen Sinne) beziehe (ebd., 37). *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 86, hebt hervor, dass die Trennung von Recht und Moral gerade auf dem verminten Gelände bioethischer Debatten die einzige Möglichkeit darstelle, in einer Gesellschaft mit unterschiedlichen ethischen Grundüberzeugungen zu einem Modus Vivendi zu gelangen. Allg. zum Verhältnis von Ethik, Recht und Moral *Dietmar von der Pfordten* Rechtsethik, 2. Aufl. 2011, 63 ff.

[35] Vgl. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 86.

[36] Speziell zu den Grenzen der Moralisierung des Verfassungsrechts eingehend und sehr instruktiv *Tilman Graf* Ethik und Moral im Grundgesetz, 2017.

[37] Die Formulierung geht auf *Georg Jellinek* Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, Nachdr. 1967, 43 f., zurück. Es heißt dort: „Das Recht ist nichts anderes als das ethische Minimum. Objektiv sind es die Erhaltungsbedingungen der Gesellschaft, soweit sie vom menschlichen Willen abhängig sind, also das Existenzminimum ethischer Normen, subjektiv ist es das Minimum sittlicher Lebensbetätigung und Gesinnung, welches von den Gesellschaftsgliedern gefordert wird. […] Das Recht verhält sich nach dieser Auffassung wie der Teil zum Ganzen, wie das Fundament zum Gebäude […]." Siehe zu Jellinek auch *Horst Dreier* Die Ethik des Rechts, in: Günter Eifler/Otto Saame (Hrsg.) Wissenschaft und Ethik, 1992, 24 (30), der betont, dass Recht für Jellinek „eine Art von Kernmoral" bildet, „Ausdruck des gesellschaftlichen Minimalkonsenses" ist.

[38] *Gerhard Robbers* Rechtsethische Aspekte der Gentechnologie, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.) 2003 – 40. Bitburger Gespräche, 141 (146). Er führt dort weiter aus: „Er gilt in einer Gesellschaft, deren Recht eingebettet liegt in homogenen Moralvorstellungen […] und in der deshalb nur das Minimum rechtlicher Bewehrung bedarf. In der pluralistischen Welt sind auch die Grundlagen der Ethik streitig geworden. […] Ein kleinster gemeinsamer Nenner würde das Recht

Richtig ist zumindest, dass die Problematik des Wertepluralismus hier nicht durch Regulierungsverzicht umgangen werden kann,[39] der Gesetzgeber sich also damit auseinandersetzen muss. Damit gelangt man zu einer dritten, meist von Politikwissenschaftlern vertretenen Position, die im Umgang mit dem Wertepluralismus ganz pragmatisch auf die gesetzgeberische Gestaltung eines Modus Vivendi setzt.[40]

Die Herausforderung durch den Wertepluralismus wird in diesen drei Ansätzen somit im Hinblick auf die Grundlagen unserer konstitutionellen Ordnung, die freiheitssichernde Trennung von Recht und Moral sowie praxisorientierte Lösungsmöglichkeiten näher beleuchtet. Zumindest bestimmte Aspekte dieser drei Perspektiven auf das Problem scheinen im deutschen Grundgesetz im Hegel'schen Sinne ‚aufgehoben' zu sein:

a) „Overlapping consensus" im Sinne Rawls bzw. verfassungsrechtlicher Grundkonsens

Das, was wir als verfassungsrechtlichen Grundkonsens bezeichnen, lässt sich auch als „overlapping consensus" hinsichtlich der das staatliche Zusammenleben regelnden Grundnormen inmitten im Übrigen unvereinbarer moralischer Positionen in einer pluralistischen Gesellschaft begrei-

---

ethisch entblößen. Hier muß denn rechtlich und es muß politisch entschieden werden." Dazu krit. *Graf* Ethik (Fn. 36), 75.

[39] Auch die Strategie des politischen Liberalismus, grundlegende Wertekonflikte durch Verweisung in die Privatsphäre zu lösen (s. *Willems* Wertekonflikt, in: Albers [Fn. 29], 79 [82 mit Fn. 9, 118, 120]), die Wahl moralisch kontrovers beurteilter Handlungsoptionen vor dem Hintergrund konkurrierender Vorstellungen des guten Lebens (jenseits der Schwelle des Schädigungsprinzips) also der freien Entscheidung des Einzelnen zu überlassen (vgl. dazu *Stefan Huster* Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates, in: Winfried Brugger/ders. [Hrsg.] Der Streit um das Kreuz in der Schule, 1998, 69 [70 ff., bes. 72 f., 76]) und so einer freiheitsbeschränkenden Moralisierung des Rechts bzw. „einer politischen Definition des ‚richtigen' Freiheitsgebrauchs" (*ders.* ebd., 71) entgegenzutreten, trägt hier nicht bzw. kann nur im Streit um das ‚wie' der Regulierung zur Geltung kommen.

[40] Dazu eingehend *Willems* Wertekonflikt, in: Albers (Fn. 29), 79 (bes. 120 ff. m.w.N.), der den Ansatz von Rawls ablehnt, da dieser zumindest die Unterscheidung von öffentlichen politischen Werten und Werten auf der Basis umfassender Lehren sowie die relative Unstrittigkeit der dafür notwendigen Kriterien voraussetze. Unter den „Bedingungen einer offensichtlichen Umstrittenheit jeglicher metaphysischer und metaethischer Annahmen über Charakter und Struktur moralischer Prinzipien und Werte erweist sich daher das Ideal der friedlichen Koexistenz in Form eines modus vivendi und eine verhandlungsbasierte kompromissorientierte Politik als einzig realistische Option für den Umgang mit den für pluralistische Gesellschaften typischen endemischen moralischen Dissensen und Konflikten" (ebd., 120). Umgekehrt macht *Rawls* Liberalismus (Fn. 32), 235 ff., sehr deutlich, dass ein übergreifender Konsens etwas ganz anderes sei als ein Modus Vivendi; gegen einen „Modus vivendi Liberalismus" auch *Huster* Neutralität, in: Brugger/ders. (Fn. 39), 69 (77 f.).

fen.[41] Es wird noch zu klären sein, was daraus für die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG folgt.[42]

b) *Sanktionierung des rechtsethischen Minimums in der Fortpflanzungsmedizin?*

Ungeachtet aller Schwierigkeiten bei Bestimmung des rechtsethischen Minimums wird vertreten, dass es sich zumindest in den Grundrechten materialisiere bzw. diese Ausdruck der „ethische[n] Imprägnierung“ der Verfassung seien.[43] Der Zusammenhang mit dem Strafrecht ergibt sich dann mittelbar über staatliche Schutzpflichten, wobei aber der große Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu berücksichtigen ist: Dieser kann, solange er nicht unverhältnismäßig in Rechte anderer eingreift, nicht nur den liberalen oder restriktiven Charakter einer Regelung, sondern auch deren ‚Moralisierungsgrad‘ festlegen. Die Forderung, nur das rechts-

---

[41] Zur Notwendigkeit eines Grundkonsenses *Huster* Neutralität, in: Brugger/ders. (Fn. 39), 69 (73): Auch der liberale Staat könne nicht gegenüber allen normativen Aspekten des Gemeinwesens neutral sein, sondern müsse einen Basis- oder Grundkonsens innerhalb des Gemeinwesens voraussetzen. „Dies setzt eine Unterscheidung von zwei Gruppen von Normen voraus: Normen, deren Akzeptanz oder zumindest Befolgung durch alle gewährleistet sein muß, und Normen, die nur für einzelne Bürger oder Gruppen verbindlich sein können.“

[42] Siehe zum Zusammenhang zwischen der Auslegung der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG und der Idee des überlappenden Konsenses *Wahl* Verfassungsrecht, in: Maio (Fn. 33), 551 (567, 575 ff.): Es sei nicht etwa so, dass die Menschenwürde die Stelle im Rechtssystem sei, an der alle Pluralität ein Ende habe und eine einheitliche Substanz zutage trete. Vielmehr sei sie „ein Exempel für die Einigkeit bloß in den Ergebnissen, nicht aber in der Gesamtlehre“ (ebd., 575); s. dazu näher unten in Fn. 82

[43] Vgl. *Graf* Ethik (Fn. 36), zusf. 80 f.: Das Grundgesetz sei nicht ethisch neutral, sondern dem „Prinzip Person“ verpflichtet. Der Grundrechtekatalog intendiere eine materiale Konzeption „idealen Rechts“, die sich aus dem ethischen Minimalkonsens der Art. 1 und 20 GG ableite und in den jeweiligen Grundrechtsnormen präzisiere. *Jürgen Habermas* Die Einbeziehung des Anderen, 1999, 255, spricht von einer „ethische[n] Imprägnierung“ der Verfassung in den Grundrechten, vgl. auch ebd., 252; s.a. *Stefan Huster* Die ethische Neutralität des Staates, 2002, bes. 11 f., 652 f. u. *pass*., der zwischen dem Rechten und dem Guten unterscheidet und meint, dass in der rechtlichen Rahmenordnung eine politische Minimalmoral zum Ausdruck komme, die von allen ethischen Überzeugungen akzeptiert werden müsse und auch könne, da diese Normen keine [auf das Gute bezogenen!] ethischen Vorentscheidungen enthalten, sondern lediglich einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Überzeugungen und Lebensformen gewährleisteten (ebd., 11). Die Grundrechte stehen für den Vorrang des Rechten (ebd., 105 ff.). Eingehend auch *Wahl* Verfassungsrecht, in: Maio (Fn. 33), 551 (566 ff., 568 ff., 572 ff.), der sich mit der Funktion des Verfassungsrechts als ethisches Minimum, das sich im Bannkreis der Pluralität nach Umfang und Gehalt aber sehr reduziert haben könnte (ebd. 568), sowie mit dem Transfer ethisch-philosophischer Begriffe ins Recht und den aus der Transformation solcher Konzepte als Inhalt von Rechtsnormen resultierenden Veränderungen auseinandersetzt.

ethische Minimum zu sanktionieren, hat daher bloß appellativen Charakter; verbindliche Vorgaben für die Regulierung der Fortpflanzungsmedizin erwachsen daraus nicht.

c) Gestaltung des Modus Vivendi über prozedurale Spielregeln: Bioethische Kontroversen als Gegenstand parlamentarischer Gesetzgebung

Schließlich ermöglicht es die Verfassung als Rahmenordnung mit bestimmten prozeduralen Spielregeln aber auch, dass wir den Modus Vivendi gesetzgeberisch stets neu austarieren. Gemeint ist damit natürlich kein Zustand ohne Rechtsgrundlage, sondern der Umstand, dass ungeachtet grundlegender Wertekonflikte zumindest für Teilfragen vorläufige legislative Lösungen gefunden werden können. In einer pluralistischen Demokratie gibt es kein vorgegebenes Gemeinwohl und keine für alle verbindliche Konzeption „des Guten“;[44] die Konkretisierung des Gemeinwohls im Hinblick auf bestimmte Fragestellungen erfolgt vielmehr nach den jeweiligen Mehrheitsverhältnissen im Parlament stets nur auf Zeit.[45] Der entscheidende Mechanismus zur Auflösung des sachlichen Dissenses ist das demokratische Mehrheitsprinzip.[46]

---

[44] Die Kurzfassung „conceptions of the good“ steht bspw. bei Rawls für „the plurality of conflicting, and indeed incommensurable, conceptions of the meaning, value, and purpose of human life“, s. *Rawls* Overlapping Consensus, in: ders./Freeman (Fn. 33), 421 (424 f.).

[45] Da es in einer freiheitlich-pluralistischen Ordnung „das Gemeinwohl“ als vorgegebene Größe bzw. „objektive Wahrheit“ nicht mehr geben kann, unterliegen die – regelmäßig nur auf Zeit verbindlichen – Gemeinwohldefinitionen einer offenen Pluralisierung und strikten Prozeduralisierung, s. dazu die Beiträge in: Herfried Münkler/Karsten Fischer (Hrsg.) Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, 2002; i.S. einer strikten Prozeduralisierung auch *Claus Offe* Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?, in: Lutz Wingert/Klaus Günther (Hrsg.) Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. FS Habermas, 2001, 459 ff. (485); s. dazu auch *Christoph Engel* Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie 32 (2001), 23 ff.; *Horst Dreier* Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat, ZParl 1986, 94 (104).

[46] Der von der Volksvertretung artikulierte Wille gilt nicht etwa, weil er ‚objektiv vernünftig‘ ist und damit die sachlich einzig ‚richtige‘ Entscheidung formuliert. Er gilt vielmehr, weil er der Wille der Mehrheit der unmittelbar demokratisch legitimierten Repräsentativkörperschaft ist, s. *Horst Dreier* Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille, AöR 113 (1988), 450 (457); s.a. *Angelika Siehr* „Objektivität“ in der Gesetzgebung?, ARSP 91 (2005), 535 (552). Ausführlich zum Mehrheitsprinzip *Dreier* Majoritätsprinzip (Fn. 45); *Hasso Hofmann/Horst Dreier* Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.) Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, § 5 165 ff. (bes. auch Rn. 48). Siehe zu den aktuellen Herausforderungen sowie grdl. zum Mehrheitsprinzip *Egon Flaig* Die Mehrheitsentscheidung, 2013, 473 ff., 499 ff. u. *pass*.

Zugleich lässt sich über das Mehrheitsprinzip aber auch das für das Gesetz so charakteristische Spannungsverhältnis zwischen Rationalitätsanspruch und politischer Praxis lösen: Einerseits steht das Gesetz in einer langen rationalistischen Traditionslinie,[47] die in der Philosophie der Aufklärung ihren Höhepunkt fand, sodass „rationale Gesetzgebung" seither, wie *Schulze-Fielitz* zu Recht feststellt, als „Pleonasmus" gelten darf.[48] Andererseits ist das Gesetz ein Produkt des politischen Prozesses, seiner Eigengesetzlichkeiten und Irrationalitäten.[49] Das Mehrheitsprinzip rückt in diesem Zusammenhang das voluntative Moment in den Vordergrund:[50] Die Annäherung an das Ideal der Rationalität ist also zwar erstrebenswert, Abweichungen sind jedoch regelmäßig nicht justitiabel.[51]

---

[47] Dies kam schon in Ciceros Bezeichnung als „ratio scripta" zum Ausdruck, war dort aber noch mit der Vorstellung verbunden, dass sich im römischen Recht das ewige und unveränderliche Gesetz der Natur und der diese durchwaltenden Vernunft abbilde, s. *Siehr* Objektivität (Fn. 46), 537.

[48] Wie *Helmuth Schulze-Fielitz* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 458, darlegt, ist „rationale Gesetzgebung [...] seit der Aufklärung ein Pleonasmus und nicht ein beliebig ‚aufgebbarer', sondern ein unhintergehbarer Maßstab für alle heutigen Formen der Rechtsetzung."

[49] Dazu *Siehr* Objektivität (Fn. 46), 538; *dies.* Symbolic Legislation and the Need for Legislative Jurisprudence, Legisprudence 2 (2008), 271 (282); s. zu unterschiedlichen Rationalitätskonzepten und -standards, zu denen auch die neuere Rspr. des BVerfG beigetragen hat (Stichwort: „Normenwahrheit/-klarheit"), sowie zum Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip und der Frage, inwieweit solche Rationalitätsanforderungen justitiabel sind, *dies.* Symbolic Legislation under Judicial Control, in: Klaus Meßerschmidt/A. Daniel Oliver-Lalana (Hrsg.) Rational lawmaking under review, 2016, 315 (324 ff., 329, 331 f., 333 ff. m.w.N. u. *pass*.). Siehe zu unterschiedlichen Aspekten dieses Diskurses *Christian Waldhoff* „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz": Zu alten und neuen Begründungspflichten des parlamentarischen Gesetzgebers, in: Otto Depenheuer/Matthias Jestaedt (Hrsg.) FS Isensee, 2007, 325 ff.; *Philipp Dann* Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), 630 ff.; *Christian Bumke* Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), 77 ff.; s.a. *Matthias Cornils* Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, DVBl. 2011, 1053 ff., sowie insbes. *Georg Lienbacher/Bernd Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), 7 ff., 49 ff., jeweils m.w.N.

[50] Hier gilt der Satz: „*voluntas* statt *ratio*", s. *Dreier* Demokratische Repräsentation (Fn. 46), 457; s.a. *Siehr* Symbolic Legislation, in: Meßerschmidt/Oliver-Lalana (Fn. 49), 315 (333).

[51] So mögen Wertungswidersprüche zu anderen gesetzlichen Regelungen zwar die Qualität eines Gesetzes in Frage stellen, führen als solche aber nicht zu seiner Verfassungswidrigkeit; s. dazu *Siehr* Symbolic Legislation, in: Meßerschmidt/Oliver-Lalana (Fn. 49), 315 (bes. 336 ff.).

Damit ist der Grundmodus umschrieben, der auch für die gesetzliche Regulierung hochkontroverser bioethischer Streitfragen gilt: Sie sind im politischen Prozess über das demokratische Mehrheitsprinzip zu lösen.

2. *Verfassungsrechtliche Grenzen des politischen Prozesses*

a) *Grundrechte im Schatten der Menschenwürdenorm*

Seine Grenze findet der politische Prozess allein in der Verfassung, namentlich in den Grundrechten, die vom Gesetzgeber eine Rechtfertigung von Freiheitsbeschränkungen nach Maßgabe ihrer Schranken verlangen. Tatsächlich stehen die Grundrechte im Diskurs über die Fortpflanzungsmedizin jedoch ganz im Schatten der Kontroverse um die Menschenwürdenorm.[52] Dies erklärt sich daraus, dass Art. 1 Abs. 1 GG als abwägungsfest gilt; soweit seine Wirkung reicht, findet also keine Abwägung mit den Grundrechten anderer mehr statt.[53]

---

[52] Vgl. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 23; *Hofmann* Verfassung, in: Adolf-Arndt-Kreis (Fn. 29), 63, 67; *Friedhelm Hufen* Individuelle Rechte und die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik, in: Carl F. Gethmann/Stefan Huster (Hrsg.) Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, 2010, 129 (131 ff.). Zur dbzgl. Lagerbildung und grdl. zu Art. 1 I GG *Manfred Baldus* Kämpfe um die Menschenwürde, 2016, 123 ff. u. *pass*.

[53] Siehe BVerfGE 93, 266 (293): „[…] denn die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte ist mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig“; E 109, 279 (314, Rn. 121): „Dieser Schutz darf nicht durch Abwägung […] relativiert werden“; s.a. die in E 130, 1 (22, Rn. 99) umfangreich aufgelistete Rspr. Aus der Lit. statt vieler *Christian Starck* in: Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Hermann v. Mangoldt/Christian Starck/Friedrich Klein (Begr.) Grundgesetz Kommentar I, 7. Aufl. 2018, Art. 1 GG Rn. 34; *Horst Dreier* in: ders. (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I GG Rn. 46, 130, jeweils m.w.N.; s.a. die zahlr. Nachw. zu dieser „völlig h.M.“ bei *Manfred Baldus* Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese, AöR 136 (2011), 529 (530 f. mit Fn. 1–5). Zu einer i.E. relativen Konstruktion der Menschenwürde gelangt hingegen *Robert Alexy* Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit, AöR 140 (2015), 497 ff. Für einen Überblick zu relativierenden Positionen s. *Josef Isensee* Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131 (2006), 173 (194 ff.); *Baldus* ebd., 532 ff. *Carsten Bäcker* Begrenzte Abwägung, Der Staat 55 (2016), 433 (444 ff., 451 ff.), differenziert hingegen zwischen „Abwägungsfähigkeit“ und „Abwägungszulässigkeit“ (ebd., 444): Zwar sei die Menschenwürde grds. abwägungsfähig, doch ziehe das GG um einen bestimmten Bereich den besonderen Schutzwall des Abwägungsverbots. Sei ein Eingriff im konkreten Fall von hinreichend hoher Intensität, so löse er den absoluten Schutz der Unantastbarkeitsregel aus (ebd., 457). Umgekehrt bedeute das aber, dass entgegen der h.M. nicht jeder Eingriff in die Menschenwürde auch eine Verfassungsverletzung darstelle (ebd., 458). I.E. finde sich in Art. 1 Abs. 1 GG somit „Relatives und Absolutes“; diese Doppelstruktur erkläre, warum er trotz der Unantastbarkeitsklausel einer Abwägung zugänglich sein könne (ebd., zusf. 459 f.).

b) *Staatliche Neutralität: Religiöser Pluralismus und die Frage nach der Ergebnis- bzw. Begründungsneutralität von Gesetzen*

Bevor näher auf Art. 1 Abs. 1 GG eingegangen wird, soll noch geklärt werden, ob bei der Regulierung der Fortpflanzungsmedizin auch das Prinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates,[54] soweit es dessen Nichtidentifikation mit bestimmten religiösen oder weltanschaulichen Positionen fordert,[55] als verfassungsrechtliche Grenze des Gesetzgebungsprozesses fungiert. Es besteht ein deutlicher Konnex zwischen der jeweiligen religiösen Position und der Haltung in der Regulierungsdebatte. Allerdings zeigen sich zwischen Katholiken, Protestanten und Juden ganz erhebliche Unterschiede: Die katholische Position ist am restriktivsten. Danach beginnt menschliches Leben mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle.[56] Da jedem menschlichen Leben Würde zukomme, sei auch der extrakorporale Embryo Träger der Menschenwürde.[57] Überzählige

---

[54] Es wird aus den Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG sowie Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG hergeleitet, s. BVerfGE 19, 206 (216). Dort heißt es: „Das Grundgesetz legt durch Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 sowie durch Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG dem Staat als Heimstatt aller Staatsbürger ohne Ansehen der Person weltanschaulich-religiöse Neutralität auf. Es […] untersagt auch die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse […].“ Grundlegend *Klaus Schlaich* Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972; s.a. *Christian Waldhoff* Was bedeutet religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates?, in: Martin Honecker (Hrsg.) Gleichheit der Religionen im Grundgesetz?, 2011, 17 ff., der betont, dass jedenfalls keine schematische Gleichbehandlung gefordert sei und staatliche Neutralität auch keine „Meta- oder Übernorm“ darstelle (ebd., 18); s. zur Herleitung in Österreich *Ulrich Wagrandl* Die weltanschauliche Neutralität des Staates, Journal für Rechtspolitik 24 (2016), 309 (314 ff.).

[55] Siehe dazu *Schlaich* Neutralität (Fn. 54), 236 ff. m.w.N.; s.a. *Waldhoff* Neutralität des Staates, in: Honecker (Fn. 54), 17 (18). Das Neutralitätsprinzip weist unterschiedliche Bedeutungsgehalte auf und ist umstritten. Teils wird es als objektiv-rechtliches Gegenstück zur Religionsfreiheit der Bürger oder als ihr Korrelat begriffen; s. dazu *Martin Morlok* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 GG Rn. 48, 161; *Horst Dreier* Staat ohne Gott, 2018, 96 f.; vertiefend *Huster* Ethische Neutralität (Fn. 43), 12 ff., 29–124 u. *pass*. Vorliegend ist jedoch nur seine allg. konsentierte Lesart als sachliche Nichtidentifikation (s. *Dreier* ebd., 98 f.) maßgeblich.

[56] Für einen Überblick über unterschiedliche Anknüpfungspunkte für die Zuerkennung der Menschenwürde vom Gameten- oder Vorkernstadium über die Kernverschmelzung, die Nidation, die Individuation, die Gehirnfunktion, die Wahrnehmung als Person bis zur Geburt s. *Lehmann* In-vitro-Fertilisation (Fn. 13), 45 ff. Dagegen *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 134: Die Anerkennung der unantastbaren Würde des Menschen sei ein normativer Vorgang, die Würde des Menschen also „keine Frage der Biologie, sondern des rein geistigen Aktes ihrer Anerkennung und seiner Geschichte.“

[57] Vgl. *Klaus Arntz* Fortpflanzungsmedizin – moraltheologische Perspektiven, in: Henning Rosenau (Hrsg.) Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012, 37 (38 ff.), der die offiziellen kirchenamtlichen Positionen vorstellt und diese durch

Embryonen seien daher auch um den Preis einer noch geringeren Erfolgsquote der IVF – derzeit liegt sie bei ca. 20 %[58] – strikt zu vermeiden.[59] Zudem wird auch die in Deutschland ohnehin sehr restriktiv geregelte Präimplantationsdiagnostik (PID)[60] abgelehnt, bei der im frühen Teilungsstadium des Embryos eine Zelle entnommen und auf genetische Defekte untersucht wird.[61] Im Unterschied dazu ist die jüdische – ähnlich wie die islamische[62] – Haltung gegenüber Fragen der Fortpflanzungsmedizin ausgesprochen liberal; im Hinblick auf die PID, die Erzeugung überzähliger Embryonen oder die Forschung mit embryonalen Stammzellen bestehen

---

Reflexionen aus dem Bereich der Theologischen Ethik ergänzt. *David Hollenbach* Human dignity in catholic thought, in: Dietmar Mieth/Marcus Düwell (Hrsg.) The Cambridge handbook of human dignity, 2014, 250 (257), weist darauf hin, dass sich das katholische Verständnis der Menschenwürde seit dem Zweiten Vatikanischen Konzil (1962–65) stark gewandelt habe, die Entwicklung einer liberaleren Haltung zur Reproduktionsmedizin daher nicht ausgeschlossen sei. Diese ablehnend jedoch *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz* Instruktion Dignitas Personae über einige Fragen der Bioethik, 2008, 22 u. *pass*.; vgl. auch *Wolfgang Göbel* Der ontologische und moralische Status des Embryos aus der Sicht eines katholischen Moraltheologen, in: Fuat Oduncu/Katrin Platzer/Wolfram Henn (Hrsg.) Der Zugriff auf den Embryo, 2005, 94 ff.

[58] Dies bezieht sich auf den einzelnen Behandlungszyklus und damit ist nicht schon der Eintritt einer Schwangerschaft, sondern die „Baby-take-home-Rate“ gemeint, vgl. *Deutsches IVF-Register (DIV) e.V.* IVF-Register Jahrb. 2016 (Fn. 1), 8, 11, 24, für Zahlen aus 2015.

[59] Nicht alle Ei- und Samenzellen haben das Potential, sich zu Embryonen zu entwickeln. Die Mediziner befruchten also meist mehr Eizellen, um im Ergebnis zwei oder drei Embryonen pro Zyklus übertragen zu können (s. zur Dreier-Regel oben Fn. 16). Die Nidation gelingt, statistisch gesehen, wiederum nur bei ca. einem Drittel der Embryonen. Da Mediziner immer nur auf der Basis von Erfahrungswerten arbeiten können, kann man überzählige Embryonen nicht ganz vermeiden, wenn die Behandlung reale Erfolgschancen haben soll.

[60] Gem. § 3a Abs. 2 ESchG ist sie nur im Falle eines hohen Risikos für schwere Erbkrankheiten mit Zustimmung einer Ethikkommission (vgl. Nr. 2) zugelassen, s. zu weiteren Voraussetzungen auch Nr. 1 u. 3. § 3a ESchG, der die PID regelt, wurde 2011 nach heftigen Kontroversen eingefügt, s. Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik v. 21.11.2011 (BGBl I 2228). *Hufen* Individuelle Rechte, in: Gethmann/Huster (Fn. 52), 129 (131), stellt demgegenüber klar, dass die verfassungsrechtlich entscheidende Frage nicht laute, ob die PID erlaubt werden könne, sondern ob ein Verbot der PID verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei; ebenso *ders.* Präimplantationsdiagnostik (Fn. 3), 442.

[61] Ablehnend gegenüber der PID auch *Ute Sacksofsky* Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro. Gutachten für die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Recht und Ethik der modernen Medizin“, 2001, 63 ff., bes. 72 f.; *dies.* Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz, KJ 2003 274 ff., zusf. 292 (PID als Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 u. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG); s.a. *dies.* Schöne neue Welt? Anmerkungen zur Präimplantationsdiagnostik, djbZ 2017, 8. Differenzierend *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 125.

[62] Differenziert *Thomas Eich* Islam und Bioethik, 2005, zusf. 108 ff.

hier keine Bedenken. Nach dem jüdischen Glauben beginnt menschliches Leben aber auch erst 40 Tage nach der Befruchtung.[63] Die evangelische Kirche bewegt sich zwischen diesen Polen und zeichnet sich vor allem durch Meinungsvielfalt aus.[64]

Diese religiöse Pluralität scheint nach staatlicher Neutralität zu verlangen. Gleichwohl kann von Gesetzen keine *Ergebnis*neutralität gefordert werden,[65] da dies im Widerspruch zum Demokratieprinzip stünde. Allerdings setzt die Rechtfertigung eines durch Gesetz ermöglichten Freiheitseingriffs *Begründungs*neutralität voraus, d.h. dieser muss ohne Rückgriff auf eine bestimmte religiöse oder weltanschauliche Position begründbar sein.[66] Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber überhaupt eine Begründung für das Gesetz gegeben hat und wenn ja, welche, da er nicht begründungspflichtig ist.[67] Notwendig, aber auch ausreichend, ist die allgemein akzeptable Begründbarkeit[68] im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.

3. Auslegung der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG im Horizont des fundamentalen Wertepluralismus

a) Funktion des Art. 1 Abs. 1 GG als Staatsfundamentalnorm

Damit kommen wir zu der zentralen Frage nach der Bedeutung des in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Schutzes der Menschenwürde für die gesetz-

---

[63] Ausgangspunkt sind verschiedene Textstellen im Talmud, die so verstanden werden, dass die Beseelung erst 40 Tage nach der Befruchtung erfolge (Sukzessiv-Beseelung); vorher liege zwar Leben, aber kein selbstständiges, von der Mutter unabhängiges menschliches Leben vor, vgl. dazu *Yves Nordmann/Michel Birnbaum* Die aktuelle Biomedizin aus der Sicht des Judentums, in: Silke Schicktanz/Christof Tannert/Peter Wiedemann (Hrsg.) Kulturelle Aspekte der Biomedizin, 2003, 84 (97 f.).

[64] Zur Position der evangelischen Kirche s. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 10 ff. m. zahl. weit. Nachw. in Fn. 22, s.a. Fn. 23. Vgl. für eine liberalere Position die Beiträge in: *Reiner Anselm/Ulrich H. J. Körtner/Trutz Rendtorff* (Hrsg.) Streitfall Biomedizin, 2003; a.A. *Wolfgang Huber* Das Ende der Person? Zur Spannung zwischen Ethik und Gentechnologie, in: Hans-Richard Reuter/Horst Dreier/ders. (Hrsg.) Bioethik und Menschenwürde, 2002, 51 ff.

[65] Teils ist auch von Wirkungsneutralität die Rede; s. dazu *Huster* Ethische Neutralität (Fn. 43), 98 ff., 190 ff., 396 ff. u. *pass.*; s.a. *Dreier* Staat ohne Gott (Fn. 55), 103 ff.

[66] Eingehend zur Begründungsneutralität *Huster* Ethische Neutralität (Fn. 43), 98 ff., 296 ff., 397 ff., 533 ff., bes. 633 ff. u. *pass.*; s.a. *Dreier* Staat ohne Gott (Fn. 55), 106 ff., der in Fn. 56 als Bsp. für den seltenen Fall fehlender Begründbarkeit BVerfGE 36, 146 (163) – Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft – zitiert. Auch der Gedanke der Begründungsneutralität als Grenze der Gesetzgebung ist daher nur von marginaler Bedeutung.

[67] Siehe dazu *Siehr* Symbolic Legislation, in: Meßerschmidt/Oliver-Lalana (Fn. 49), 315 (338 m.w.N. in Fn. 110).

[68] Dazu *Dreier* Staat ohne Gott (Fn. 55), 108 m.w.N.

liche Regulierung der Fortpflanzungsmedizin. Als absichtsvoll an die Spitze der Verfassung gestellte Staatsfundamentalnorm setzt sie, soweit sie einschlägig ist, dem Gesetzgebungsprozess selbstverständlich Grenzen. Doch ist zu klären, wie sich der Wertepluralismus, der den Diskurs um den extrakorporalen Embryo prägt, zur Auslegung der Menschenwürdenorm verhält. Auf diese Weise wird auch eine Brücke zwischen den Überlegungen zum Gesetzgebungsprozess und seinen Grenzen und der Idee des „overlapping consensus" bzw. des verfassungsrechtlichen Grundkonsenses geschlagen.

Der Diskurs um den moralischen und rechtlichen Status des extrakorporalen Embryos wird interdisziplinär vor allem zwischen Juristen, Theologen und Medizinern bzw. Medizinethikern geführt.[69] Soweit er ethische Fragen thematisiert, ist es unschädlich, dass die verschiedenen Positionen durch ganz unterschiedliche Vorverständnisse geprägt sind. Es geht dabei jeweils um partikulare Sichtweisen auf den Beginn, die spezifischen Besonderheiten und den Sinn menschlichen Lebens, kurz: um verschiedene, gleichermaßen legitime Auffassungen des Guten, die miteinander ringen.

Problematisch wird es, wenn diese Kontroverse sich ungefiltert auf die Auslegung unserer Staatsfundamentalnorm verlagert,[70] die zudem unter dem Schutz der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG steht. Auch wenn dieser sich seinem Wortlaut nach auf die Verfassung und nicht auf die Verfassungsrechtsprechung bezieht, wäre eine durch das Bundesverfassungsgericht bestätigte, gleichwohl nur von einem partikularen Verständnis des Guten inspirierte Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG selbst durch den verfassungsändernden Gesetzgeber faktisch nicht revidierbar.[71] Da es, wie schon

---

[69] Es sind noch eine Reihe weiterer wissenschaftlicher Disziplinen (Biologie, Philosophie, Psychologie, Soziologie etc.) beteiligt; doch gibt es keine, „die für sich allein eine Definitionsmacht über den Status des Embryos reklamieren könnte", s. *Giovanni Maio/ Annette Hilt* Einleitung. Der Status des extrakorporalen Embryos im interdisziplinären Zugang – Grundlagen, Herausforderungen und Ergebnisse, in: Giovanni Maio (Hrsg.) Der Status des extrakorporalen Embryos, 2007, 11; s. im Einzelnen die Beiträge in diesem Bd., in denen ganz bewusst die disziplinspezifischen Prämissen, aber auch Unterschiede in Fragestellung und Methodik, herausgearbeitet und neue (Sub-)Kriterien für die moralische und rechtliche Bewertung des extrakorporalen Embryos entwickelt werden (s. ebd., bes. 12, 14 f., zu einzelnen Kriterien 21 ff.).

[70] Dazu instruktiv und überzeugend *Wahl* Verfassungsrecht, in: Maio (Fn. 33), 551 (bes. 574 f.); s.a. *Hufen* Präimplantationsdiagnostik (Fn. 3), 445.

[71] Dem BVerfG als „Hüter der Verfassung" (vgl. BVerfGE 1, 184 [195 ff., 200]; 1, 396 [408 f.]; 2, 124 [129, 131]; 6, 300 [304]; 40, 88 [93]; krit. gegenüber dieser Terminologie *Andreas Voßkuhle* in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck [Hrsg.] GG III, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 18 m.w.N.) steht die Befugnis zur *autoritativen* Interpretation der Verfassung zu (s. statt vieler *Matthias Jestaedt* Und er bewegt sie doch! Der Wille des

erwähnt, in einer pluralistischen Demokratie kein vorgegebenes Gemeinwohl geben kann, würde die Zementierung einer solchen partikularen Auffassung in Art. 1 Abs. 1 GG[72] jedoch in einen Selbstwiderspruch mit der

---

Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung des Grundgesetzes, in: Hans-Detlef Horn [Hrsg.] FS Schmitt Glaeser, 2003, 267 [270]; *Christian Burkiczak* in: ders./Frank Schorkopf [Hrsg.] BVerfGG-Kommentar 2015, § 1 BVerfGG Rn. 64). Andere sehen das BVerfG sogar als *authentischen* Interpreten des Grundgesetzes: „Die Verfassungsinterpretation durch die Verfassungsgerichtsbarkeit ist eine letztverbindliche; niemand anders als das Gericht selbst kann sie korrigieren. Sie ist mithin der Wirkung nach *authentische* Verfassungsinterpretation." Sie bedeute „Teilhabe an der Verfassungsgesetzgebung" (so *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, 9 [12]; s.a. *Andreas Heusch* Verfassungsgerichtliche Gesetzeskontrolle, in: Winfried Kluth/Günter Krings/Steffen Augsberg [Hrsg.] Gesetzgebung, 2014, § 36 Rn. 23). Bekräftigt wird dies durch die parallel vertretene These, dass die Konkretisierung der Grundrechte als Grundsatznormen durch das BVerfG auch selbst *Verfassungsrang* aufweise (s. *Böckenforde* Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, 40, 56 f., 61, 69). Die These von der authentischen Interpretation durch das BVerfG wird mit Recht mehrheitlich abgelehnt (s. *Christian Hillgruber/Christoph Goos* Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 15; *Jestaedt* Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 372 ff. [374], s.a. 363 ff. für eine Auseinandersetzung mit Carl Schmitt, der diese These als erster formuliert hatte: Schmitts historische Herleitung sei schon wegen der Unterschiede im Verfassungsverständnis nicht stichhaltig und auch der auf die Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz rekurrierende Begründungsstrang trage nicht; s. zur heutigen Rechtslage *ders*. ebd., 372 ff.). Da das BVerfG selbst „verfassungsakzessorisch und gesetzesdeterminiert" agiert (s. *Voßkuhle* in: v. Mangoldt/Klein/Starck [s.o.] Art. 93 Rn. 18., dort in Fettdr.), kann es zumindest unter dem Grundgesetz in der Tat keine Teilhabe des Gerichts an der Verfassungsgesetzgebung geben. Nach Art. 20 Abs. 3 GG bezieht es seine Legitimität und Autorität ja gerade aus der Bindung an Gesetz und Recht (so auch *Burkiczak* ebd., Rn. 64; s.a. *Christoph Möllers* Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/ders./Christoph Schönberger* in: Das entgrenzte Gericht, 2011, 283 [289 f.]). Auch *Hillgruber/Goos* ebd., Rn. 15, betonen, dass das BVerfG nicht selbst über die Verfassung verfügen könne, da sie ihm als Maßstab vorgegeben sei. Auch wenn es also allein um eine *autoritative* Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG gehen kann und auch § 31 Abs. 1 BVerfGG nur insoweit greift, als man die die Entscheidung tragenden Gründe an der Bindungswirkung teilhaben lässt (*Hillgruber/Goos* ebd., 12 f.; s.a. *Möllers* ebd., 382 ff.), führt die Befugnis zur Letztentscheidung in der Praxis doch dazu, dass die übrigen Verfassungsinterpreten auch die einschlägige Rspr. des BVerfG in ihre Interpretation einbeziehen. Jenseits von Art. 79 Abs. 3 GG hat der verfassungsändernde Gesetzgeber aber immerhin die Möglichkeit, ggf. die auszulegende Verfassungsnorm zu ändern. Da Art. 1 GG jedoch unter dem besonderen Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG steht, kommt eine Grundgesetzänderung insoweit nicht in Betracht. Damit kann der normative Gehalt, den Art. 1 Abs. 1 GG in der Rspr. des BVerfG gewinnt, tatsächlich nur durch das Gericht selbst – bei späterer besserer Erkenntnis oder in neuen Konstellationen – geändert werden; gerade bei Art. 1 Abs. 1 GG wird das Gericht insoweit aber sehr vorsichtig sein.

[72] Siehe zur Warnung, Art. 1 Abs. 1 GG nicht zum Einfallstor von Partikularethiken zu machen, auch *Horst Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 51; ähnlich *Friedhelm Hufen* Erosion der Menschenwürde?, JZ 2004, 313 (315).

durch diese Norm postulierten, aus dem Schutz individueller und kollektiver Autonomie erwachsenden Freiheitlichkeit führen.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang nicht explizit zum Rechtsstatus des extrakorporalen Embryos geäußert. Seine beiden Abtreibungsentscheidungen werden unterschiedlich gedeutet: Ein Teil der Literatur betont, dass die apodiktische Aussage: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu",[73] im Widerspruch dazu stehe, dass die Abtreibung nach einer bloßen Beratung verfassungsgemäß sein könne.[74] Andere entgegnen, dass die Aussage des Gerichts zur Menschenwürde zusammen mit dem Satz, dass Leben „jedenfalls" ab der Nidation bestehe,[75] doch zeige, dass auch für den extrakorporalen Embryo der volle Menschenwürdeschutz gelte.[76]

Auf den Streit um die Abtreibungsentscheidungen kann hier nicht näher eingegangen werden. Vielmehr soll der Blick noch einmal auf die staatskonstitutive Bedeutung des Art. 1 Abs. 1 GG gelenkt werden, aus der sich meines Erachtens auch Schlussfolgerungen für die Auslegung dieser Norm ergeben: Als Staatsfundamentalnorm[77] steht Art. 1 Abs. 1 GG für die verfassungsrechtliche Grundentscheidung, die neue staatliche Ordnung

---

[73] BVerfGE 39, 1 (41); E 88, 203 (252); nachdrücklich zustimmend *Wolfram Höfling* in: Michael Sachs (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 1 GG Rn. 56; ebenso *Josef Isensee* Würde des Menschen, in: HGR IV, 2011, § 87 Rn. 200; krit. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 35 f. m.w.N.; *Hofmann* Verfassung, in: Adolf-Arndt-Kreis (Fn. 29), 63 (69 f.), der auch darauf hinweist, dass dieser Satz auf die Phase nach der Nidation gemünzt sei.

[74] *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 71; *ders.* Grenzen des Tötungsverbotes – Teil 1, JZ 2007, 261 (268 ff.); s.a. *Matthias Herdegen* in: Roman Herzog/ders. (Hrsg.) Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz Kommentar I, 2017, Art. 1 I Rn. 112 (2009); *Bernhard Schlink* Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, 2002, 6 ff.; *Reinhard Merkel* Forschungsobjekt Embryo, 2002, 64 ff.; *Jörn Ipsen* Der „verfassungsrechtliche Status" des Embryos in vitro, JZ 2001, 989 (992); *Klemens Störtkuhl/Markus Rothaar* Menschenwürde und embryonale Stammzellforschung, in: Jan C. Joerden/Eric Hilgendorf/Felix Thiele (Hrsg.) Menschenwürde und Medizin, 2013, 783 (791).

[75] Siehe BVerfGE 39, 1 (37). Es heißt dort: „Leben […] besteht […] jedenfalls vom 14. Tage nach der Empfängnis (Nidation, Individuation) an"; auf den Zeitpunkt der Nidation stellt auch BVerfGE 88, 203 (251 f.) ab.

[76] *Ernst Benda* Verständigungsversuche über die Würde des Menschen, NJW 2001, 2147 (2148), der hier auch die (oft zitierte) Formulierung des BVerfG, wonach der Nasciturus sich „nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch" entwickele (E 88, 203 [252]) anführt; s.a. *Sacksofsky* Status des Embryos (Fn. 61), 51, 53 m.w.N.

[77] Die Bezeichnung als „Staatsfundamentalnorm" geht auf *Hans Nawiasky* Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948, 33, zurück. *Hasso Hofmann* spricht, um das Prozesshafte des Staatsgründungsvorgangs zu betonen, von „Staatsfundamentierungsnorm" s. *Hasso Hofmann* Die versprochene Menschenwürde, in: ders. (Hrsg.) Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, 104 (119).

des Grundgesetzes in der Würde des Menschen zu fundieren.[78] Nach den grauenvollen, die Grundlagen menschlicher Zivilisation erschütternden Verwerfungen der NS-Diktatur soll nun der einzelne Mensch und der Schutz seiner Freiheit im Mittelpunkt stehen.[79] Freiheit als archimedischer Punkt dieser Verfassungsordnung meint individuelle und kollektive *Selbstbestimmung*.[80] In Art. 1 Abs. 1 GG wird alle staatliche Gewalt unter dem Grundgesetz also auf die Achtung und den Schutz der Autonomie des Einzelnen verpflichtet. Wie dies dann in unterschiedlichen Lebensbereichen zu gewährleisten ist und vor welchen Verletzungen der körperlichen und psychischen Integrität der Einzelne als Vorbedingung für die Entfaltung von Autonomie zu schützen ist, wird in den nachfolgenden Grundrechten näher konkretisiert.[81]

Aus ihrem Charakter als Staatsfundamentalnorm folgt, dass die Menschenwürdenorm Ausdruck des verfassungsrechtlichen Grundkonsenses bzw. des „overlapping consensus“ im Sinne *Rawls'* sein muss. Wie *Rawls* darlegt, bedeutet das, dass man sich auf den rationalen Kern unterschiedlicher, gleichermaßen legitimer Lehren konzentrieren und ihre miteinander unvereinbaren religiösen, philosophischen und moralischen Begründungs-

---

[78] *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (bes. 106 f., 117 ff.); *Christoph Enders* Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, 25–91.

[79] Deutlich kommt das in der Formulierung des Herrenchiemseer Entwurfs zum Ausdruck: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“, die später nur als sprachlich unelegant verworfen wurde, s. *Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen* Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, 61.

[80] Diese Idee bestimmt seit der Rede „De dignitate“ des Florentiners Pico della Mirandola (mit Ausnahme der NS-Zeit) die europäische Geistesgeschichte, s. *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (109 mit Fn. 23); allg. *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), 11, 147, 491 ff., 499 u. *pass*. Zum Zusammenhang zwischen Selbstbestimmung und Würde auch *Dietmar von der Pfordten* Some Remarks on the Concept of Human Dignity, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.) Human dignity as a foundation of law, 2013, 13 (20 f.) sowie *ders.* The rise of human dignity, in: Walter Schweidler (Hrsg.) Human rights and natural law, 2013, 217 (225 ff.); *ders.* Menschenwürde, 2016, 54 ff.

[81] Vgl. *Christoph Enders* Würde- und Lebensschutz im Konfliktfeld von Biotechnologie und Fortpflanzungsmedizin, JURA 2003, 666 (667); *ders.* Menschenwürde (Fn. 78), 499 f., 501 ff.; a.A. *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 1 I Rn. 22. Allerdings darf der Zusammenhang zwischen dem durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Autonomieprinzip und den Grundrechten auch nicht im Sinne einer bloßen Deduktion der Grundrechte aus dem abstrakten Prinzip Menschenwürde missverstanden werden. Vielmehr wurde der Autonomiegedanke hier in Abhängigkeit von den konkreten Verletzungserlebnissen, auf die die Grundrechte reagieren, weiter ausgeformt; diese Eigenarten eines spezifischen, auch durch den historischen Kontext des Entstehungszusammenhangs geprägten Schutzes ergeben sich natürlich nicht aus dem abstrakten Prinzip selbst.

stränge ausklammern muss.[82] Oder um es im Sinne unseres Verständnisses vom verfassungsrechtlichen Grundkonsens zu formulieren: Es geht um die Schnittmenge unterschiedlicher Vorstellungen zur Menschenwürde und damit, kurz gesagt, um die verfassungsrechtliche Stellung und den Schutz des autonomen Subjekts.[83] Weitere Elemente der philosophischen und christlichen Traditionslinien in der langen Entwicklungsgeschichte der Würdeidee sind damit nicht Gegenstand ihrer verfassungsrechtlichen Verbürgung geworden.[84] Das schließt aber selbstverständlich nicht aus, dass

---

[82] So bezogen auf Art. 1 Abs. 1 GG explizit *Wahl* Verfassungsrecht, in: Maio (Fn. 33), 551 (574 ff., bes. 575): Das Konzept der Menschenwürde speise sich aus der antiken Stoa, dem Christentum, der Renaissance und der Aufklärung, hier vor allem aus der Philosophie Kants. Doch sei der Menschenwürdesatz des Art. 1 Abs. 1 GG geradezu „ein Exempel für die Einigkeit bloß in Ergebnissen, nicht aber in der Gesamtlehre. […] Alle diese Auffassungen treffen sich in der Antithese zu den erlebten Unmenschlichkeiten in der Geschichte. Für dieses Ergebnis kommt es nicht auf die erwähnten Auffassungen und ihre Konzepte als solche an. Konsentiert sind die Ergebnisse, nicht die Ursprungslehren“ (ebd., 575 f.). Denn Kants Lehre von der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen unterscheide so sich stark von der christlichen Lehre von der Gottesebenbildlichkeit des Menschen, dass sie für Theologen zunächst nichts anderes als Blasphemie gewesen sei. Sie sei mit dieser erst in einem längeren Prozess für einen Teilbereich, das Verständnis der Menschenwürde, kompatibel gemacht worden, und auch das nur partiell. „In diesem komplexen Prozess wurde der Gehalt der Menschenwürde als verfassungsrechtliches Konzept viel schmaler […] und keinesfalls so voll und inhaltsreich wie die ursprünglichen religiösen, ethischen oder philosophischen Vorstellungen“ (ebd., 576). – Zu ergänzen wäre lediglich, dass es bei Art. 1 Abs. 1 GG nicht allein (im Sinne einer strikten Historisierung) um die Antithese zur Nazi-Barbarei geht, sondern auch positiv um die Subjektqualität des Menschen, sein Personsein, beides aber selbstverständlich zusammenhängt, da das NS-Regime Letzteres ja gerade systematisch negiert hat.

[83] Dabei lassen sich zwei unterschiedliche Dimensionen des verfassungsrechtlichen Gehalts der Würdenorm unterscheiden, und zwar geht es einerseits um das mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG gesetzte Axiom, dass der Mensch als Mensch mit dem Recht auf Selbstbestimmung ausgestattet und damit von Rechts wegen sein eigener Herr ist, andererseits um die Wahrung seiner Subjektqualität durch Schutz vor Verletzungen der körperlichen und seelischen Identität und Integrität, s. dazu *Angelika Siehr* Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, 2001, 53 ff., 57 mit Fn. 145, 58 ff. Zu der für Art. 1 Abs. 1 GG entscheidenden Subjektqualität des Individuums eingehend *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), 18 ff., 383 ff., 391 f., 400, 427, 492 ff., jeweils m.w.N., der (ebd., 18 mit Fn. 93) deutlich macht, dass es sich dabei um einen von allen konsentierten Fixpunkt handelt. Vielfach wird er dank seiner Selbstverständlichkeit auch nur kurz erwähnt, dient also lediglich als Ausgangspunkt weiterer Überlegungen, s. statt vieler *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 62; *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 1 I Rn. 7, 12, 79; *Enders* Würde (Fn. 81), 667, 670; s.a. *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (109): Mitgift- und Leistungstheorien der Menschenwürde beruhten letztlich beide auf dem „Prinzip der Personhaftigkeit des Menschen, der Subjektivität des Individuums und d.h.: auf dem Prinzip der Autonomie des einzelnen“.

[84] Zu den geistigen Grundlagen der Menschenwürde eingehend (u.a. zur Lehre von der Gottesebenbildlichkeit, zu Thomas v. Aquin, Pico della Mirandola, Pufendorf, Kant und

diese Wertvorstellungen, die sich auch zu bestimmten ‚Menschenbildern' verdichten können, im politischen Meinungskampf artikuliert und so für die Gesetzgebung fruchtbar gemacht werden. Ausgangspunkt des Gedankens, dass die Würdenorm einen auf den gemeinsamen Grundkonsens reduzierten Gehalt aufweist, ist ja gerade die Anerkennung des Umstandes, dass diese miteinander unvereinbaren moralischen Standpunkte *gleichermaßen Legitimität* beanspruchen können. Es stellt gewiss nicht die schlechteste Lösung dar, ihre Überzeugungskraft und Problemlösungskapazität bezogen auf drängende aktuelle Fragen, wie jetzt im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, im parlamentarischen Prozess zu klären und über das Mehrheitsprinzip zu entscheiden.

b) *Religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates*

Ergänzend kann zur Begründung der These, dass bei Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG nur auf den allgemein konsentierten verfassungsrechtlichen Kern der Menschenwürde abgestellt werden sollte, aber auch das Neutralitätsprinzip herangezogen werden: Während es in seiner Lesart als Begründungsneutralität der Überprüfung von Gesetzen dient, weist das Gebot der Nicht-Identifikation des Staates mit bestimmten religiösen Positionen im Hinblick auf die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG auf eine nicht zu rechtfertigende Verengung des Spielraums des Gesetzgebers und der Freiheit der Bürgerinnen und Bürger hin: Die Zementierung einer partikularen Position über Art. 79 Abs. 3 GG würde aus Sicht derer, die sie nicht teilen, eine massive Freiheitseinbuße darstellen.[85] Verstärkt würde dies noch

---

Hegel) *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), 176–219 u. *pass*.; s.a. *Christian Starck* Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, JZ 1981, 457 ff.; *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (bes. 108 f., 120 f.); s. zur philosophischen Entwicklungslinie der Würdeidee, beginnend in der griechischen Antike auch von der *Pfordten* Menschenwürde (Fn. 80), 11 ff.; *ders.* Rise of human dignity, in: Schweidler (Fn. 80), 217 ff.; speziell zu Kant *ders.* Zur Würde des Menschen bei Kant, in: ders. (Hrsg.) Menschenwürde, Recht und Staat bei Kant, 2009, 9; s. zur christlichen Auffassung *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (bes. 53): „Für den christlichen Glauben gründet das Personsein des Menschen darin, dass er von Gott angesprochen und dadurch zur Antwort befähigt wird. Person ist der Mensch, weil er das Gott entsprechende Wesen ist."

[85] In diesem Sinne warnt auch *Wahl* Verfassungsrecht, in: Maio (Fn. 33), 551 (574 f.), vor einer „unfreiheitlichen Vereinnahmung der anderen" (ebd., 574): Im Recht könnten sich einzelne Ergebnisse religiöser, ethischer oder weltanschaulicher Konzepte finden, aber nicht diese selbst. Das Proprium des Menschenwürdesatzes sei nicht seine inhaltliche Deckungsgleichheit mit anspruchsvollen religiös-ethischen Konzepten. Gerade die Menschenwürdenorm, „obwohl einer breiten anspruchsvollen geistesgeschichtlichen Tradition entsprungen, ist und bleibt damit eine eigenständige und gegenüber ethischen Normen *spezifische Rechtsregel mit eigenem zurückgenommenem Gehalt*. Sie hat einen juristischen

über die Ausstrahlungswirkung der so interpretierten Menschenwürde auf das gesamte einfache Recht.

c) *Konsequenzen für die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG*

Im Ergebnis fällt der spezifisch verfassungsrechtliche Gehalt der Menschenwürde also deutlich ‚sparsamer' aus und hält weniger Antworten auf Einzelfragen bereit als manche Stellungnahmen zum Rechtsstatus des Embryos nahelegen.[86] Gleichzeitig erweitert sich damit jedoch der Spielraum des Gesetzgebers, der auch insoweit den Modus Vivendi gestalten darf und muss.[87]

Selbststand, und dieser ist – der Aufgabe und Hauptfunktion von Recht entsprechend – nicht auf die Fülle des Gehalts oder von ‚Wahrheit', sondern auf seine Eignung als Grundlage des Zusammenlebens von unterschiedlich urteilenden Menschen angelegt" (ebd., 575). Im Hinblick auf die Verfassungsauslegung heißt das: Wenn schon allg. Methodenfragen hier eine besondere Bedeutung zukommt (s. *Jestaedt* Auslegung des Grundgesetzes, in: FS Schmitt Glaeser [Fn. 71], 267 [bes. 273 ff.]; zuvor eingehend *Dieter Grimm* Methode als Machtfaktor, in: ders. Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 347 ff.), so ist vor allem speziell bei der Menschenwürde Zurückhaltung geboten (s. dazu *Möllers* Legalität, in: *Jestaedt/Lepius/ders./Schönberger* [Fn. 71], 283 [395 ff.]). Wir sind bei unserer Staatsfundamentalnorm besonders darauf angewiesen, dass sie auch auf Dauer „Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfalt […]" (so allg. für das GG *Andreas Voßkuhle* Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes" durch das BVerfG, JZ 2009, 917 ff.) sichern kann, was bei einer ausgreifenden, partikulare religiös-ethische Konzepte in Verfassungsrecht überführenden Interpretation jedoch gefährdet wäre.

[86] So schon *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (125 m.w.N. in Fn. 115): „Folglich gibt das Menschenwürdeprinzip für alle Probleme, die mit den wirklichen, möglichen oder auch nur befürchteten Manipulationen der menschlichen Reproduktion zusammenhängen, juristisch sehr viel weniger her, als es nach der öffentlichen Diskussion dieser humangenetischen Fragen den Anschein hat". Eingehend zur Menschenwürde im bioethischen Diskurs *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 23 ff.; s. allg. *ders.* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 47 ff., 51: Art. 1 Abs. 1 GG sei kein „Auffangproblemlöser".

[87] Auf Basis einer weniger weit ausgreifenden Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG wird es auch besser gelingen, innerhalb der Wertegemeinschaft mit anderen EU-Mitgliedstaaten zu kohärenteren Menschenwürdeinterpretationen zu gelangen; s. zu Art. 1 GRC den auch bioethische bzw. -medizinische Fragestellungen aufgreifenden Beitrag von *Michael Schwarz* Die Menschenwürde als Ende der Europäischen Wertegemeinschaft?, Der Staat 50 (2011), 533 ff., 565, der u.a. feststellt, dass „[d]ie ‚Europaunverträglichkeit' des Art. 1 Abs. 1 GG, fasst man darunter auch den umfassenden Embryonenschutz, […] Anlass geben [sollte], darüber nachzudenken, ob man sich auf bundesrepublikanischer Seite ‚möglicherweise verstiegen' hat." Siehe für eine Auseinandersetzung mit der Menschenwürde im Gemeinschaftsrecht und dem Verhältnis zur Bedeutung und Dogmatik der Menschenwürde in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl v. 18.3.2004, OMEGA, Rs. C-36/02, Rn. 82 ff., bes. Rn. 92 f.: „Aufgrund des ausfüllungsbedürftigen Charakters des Begriffes der Menschenwürde dürfte es dem Gerichtshof im vorliegenden Fall […] kaum möglich sein, den Gewährungsinhalt der Menschenwürdegarantie

IV. Der Status des extrakorporalen Embryos als Kristallisationspunkt der auf die Menschenwürde fokussierten Regulierungsdebatte

1. Unterschiedliche Dimensionen der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG

Die im Kontext der Fortpflanzungsmedizin entscheidende Frage ist natürlich die, was aus diesen Überlegungen bezogen auf den in Deutschland vor allem an Art. 1 Abs. 1 GG festgemachten Rechtsstatus des extrakorporalen Embryos folgt. Um sie beantworten zu können, ist zunächst auf weitere Dimensionen der Menschenwürdenorm einzugehen. Ihre objektive Dimension ist unstreitig. Nach weit verbreiteter, wenn auch nicht unbestrittener Ansicht hat sie aber auch Grundrechtscharakter.[88] Der positiven Dimension der Menschenwürde, die den Schutz der Autonomie bzw. der Subjektstellung des Einzelnen beinhaltet, korrespondiert die negative Definition des Verletzungstatbestandes über die sogenannte Objektformel;[89] danach darf der Einzelne nicht zum Objekt staatlichen Handelns gemacht werden.[90] Würdeverletzende Handlungen werden einerseits in Formu-

---

des deutschen Grundgesetzes mit demjenigen der Garantie der Menschenwürde, wie sie vom Gemeinschaftsrecht anerkannt wird, ohne weiteres gleichzustellen. Es empfiehlt sich somit die Beurteilung der in Rede stehenden nationalen Maßnahme anhand des Gemeinschaftsrechts […]. Der Gerichtshof darf also […] möglichst keine Auslegung der Grundfreiheiten zulassen, die einen Mitgliedstaat zwingen, Handlungen bzw. Aktivitäten zu gestatten, die gegen die Menschenwürde verstoßen […].“ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49004&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=164356> (Stand: 30.10.2018).

[88] Statt vieler für die Bejahung des Grundrechtsschutzes *Höfling* in: Sachs (Fn. 73), Art. 1 GG Rn. 5 ff.; *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 1 I Rn. 29; *Hans Jarass* in: ders./Bodo Pieroth (Hrsg.) Grundgesetz, 15. Aufl. 2018, Art. 1 GG Rn. 3, jeweils m.w.N.; a.A. *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), 91 ff., m.w.N. Es spricht m.E. deutlich mehr für als gegen den Grundrechtscharakter; doch sollte dieser grundrechtliche Schutz auf solche Ausnahmekonstellationen begrenzt bleiben, die vom Gewicht her den gravierenden Verletzungserlebnissen entsprechen, die zur Verankerung der Würdenorm geführt haben (wie eben bspw. Folter, s.a. Fn. 92).

[89] Zu Schutz und Freiheit als zwei Dimensionen der Menschenwürde *Siehr* Deutschenrechte (Fn. 83), 53 ff., 56 ff. m.w.N.

[90] BVerfGE 9, 89 (95); 27, 1 (6); 28, 386 (391); 45, 187 (227 f.); 50, 166 (175); 72, 105 (116); 96, 375 (399); 109, 133 (149 f.); 109, 279 (311 f.); 117, 71 (89). Sie wurde von *Günter Dürig* Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117 (127), formuliert, und zwar im Anschluss an *Josef Wintrich* Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: Adolf Süsterhenn (Hrsg.) FS Laforet, 227 (231 f.), der sie in Bezug auf Art. 100 BayVerf entwickelt hatte. Sie wird letztlich aber auf Kants ethische Maximen, namentlich das Instrumentalisierungsverbot, zurückgeführt, s. *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (110); *Jens Kersten* Das Klonen von Menschen, 2004, 425 ff.; *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 1 I Rn. 36; *Dreier* in: ders.

lierungen wie „Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung“ umschrieben,[91] andererseits anhand von Fallgruppen wie dem Folterverbot veranschaulicht.[92]

Somit stellt sich die Frage, ob der extrakorporale Embryo Träger des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 GG ist oder ob der Staat insoweit zumindest objektivrechtlich im Sinne eines vollen Menschenwürdeschutzes gebunden ist. Art. 1 Abs. 1 GG spricht von der „Würde des Menschen“. Die Norm selbst trifft aber naturgemäß keine Aussage zu der vorgelagerten Frage, ab wann es sich in diesem Sinne um menschliches Leben handelt. Eindeutig ist die Rechtslage ab Vollendung der Geburt, mit der nach § 1 BGB die Rechtsfähigkeit beginnt: Der geborene Mensch ist nicht nur Träger „angeborener“ Menschenrechte, sondern vor allem der positivierten Grundrechte, besitzt also Grundrechtsfähigkeit.[93] Darüber hinaus hat das Bundesverfas-

---

(Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 55 m.w.N.; *Höfling* in: Sachs (Fn. 73), Art. 1 GG Rn. 15; *Eric Hilgendorf* Die mißbrauchte Menschenwürde, Jahrb. für Recht und Ethik 1999, 137 (141 ff.). Vertiefend zu Kant *von der Pfordten* Würde, in: ders. (Fn. 84), 9 ff. Krit., auch zur Definition vom Verletzungstatbestand her, *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), 20 ff., 92, 156 ff., 384 ff., 497.

[91] Diese Formulierung hat das BVerfG bereits 1951 geprägt, vgl. BVerfGE 1, 97 (104); s. zu dieser „Beispielstechnik“ auch *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 53 ff.; *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 1 I Rn. 37.

[92] Siehe *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 89 ff., 99 ff., zu Fallgruppen wie Sklaverei, Aussagezwang, Folter etc. *Hufen* Erosion der Menschenwürde? (Fn. 72), 317, spricht von völliger Missachtung, Folter, Schmähung und extremer staatlicher Willkür und macht deutlich, dass die Objekt-Formel ein Bollwerk gegen den befürchteten Rückfall in die Nazi-Barbarei errichten soll; s.a. *ders.* Individuelle Rechte, in: Gethmann/Huster (Fn. 52), 129 (142). *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (113), differenziert zwischen der durch Art. 1 Abs. 1 GG garantierten prinzipiellen rechtlichen Gleichheit aller Menschen, der durch die Würdenorm geforderten Wahrung der menschlichen Subjektivität durch Schutz der körperlichen und seelischen Identität und Integrität (durch das Folterverbot etc.) und dem aus Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Gebot der Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums; ebenso *Kingreen/Poscher* Grundrechte (Fn. 3), § 7 Rn. 426; s. zur Sicherung des Existenzminimums auch *Enders* ebd., Rn. 114 ff.; *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 155 m.w.N.

[93] Grundsätzlich ist die Menschenwürde sowohl nach ihrer ideengeschichtlichen Herkunft als ‚Wurzel‘ der angeborenen Menschenrechte als auch nach ihrer verfassungsgeschichtlichen Genese und der konkreten historischen Stoßrichtung bei ihrer Verankerung im GG (gegen die Verletzung von Mindeststandards der Humanität, etwa durch Folter, Vernichtung von Menschen ‚artfremden Blutes‘ und sog. ‚lebensunwerten Lebens‘) auf den *geborenen* Menschen bezogen, s. *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 83; *ders.* Lebensschutz und Menschenwürde in der bioethischen Diskussion, in: Hans-Richard Reuter/ders./Wolfgang Huber (Hrsg.) Bioethik und Menschenwürde, 2002, 9 (41). So ganz explizit auch *Hans-Georg Dederer* Menschenwürde des Embryo in vitro?, AöR 127 (2002), 1 (10): „Denn […] Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG bezieht sich auf den geborenen Menschen, d.h. der geborene Mensch ist der ‚Normalfall‘ der Menschenwürdegarantie […]“. Siehe auch *Hofmann* Verfassung, in: Adolf-Arndt-Kreis (Fn. 29), 63 (67): „Menschwürde und die

sungsgericht bestimmte Vor- und Nachwirkungen des Grundrechtsschutzes vor der Geburt bzw. nach dem Tod anerkannt. So rekurriert das Gericht explizit auch auf die Menschenwürde, um „jedenfalls" ab der Nidation eine staatliche Schutzpflicht für das Leben des Nasciturus zu begründen.[94] Doch bleibt offen, was für den extrakorporalen Embryo gilt.

2. *Moralischer Status des extrakorporalen Embryos: Die SKIP-Argumente*

In der medizinethischen Debatte um den Status des extrakorporalen Embryos werden vier Argumente diskutiert, die unter dem Akronym SKIP zusammengefasst werden: das Speziesargument, das Kontinuum- oder Kontinuitätsargument, das Identitätsargument und das Potentialitätsargument.[95] Das Speziesargument leitet die Würde des Embryos aus der Zugehörigkeit zur Spezies Mensch ab.[96] Dagegen wird eingewandt, dass hier

---

anderen unverlierbaren Menschenrechte sind, wie eine ehrwürdige europäisch-nordatlantische Tradition weiß, den Menschen ‚angeboren', nicht ‚angezeugt'"; instruktiv auch *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 133 f., der gleichfalls betont, dass die Menschenwürde allein den geborenen Menschen als Person auszeichne und dabei u.a. auf die Tradition und vernunftrechtliche Begründung der („angeborenen") Menschenrechte rekurriert.

[94] Das BVerfG begründet die staatliche Schutzpflicht für den Nasciturus in erster Linie mit der Geltung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; „darüber hinaus" ergebe sie sich auch aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG (BVerfGE 39, 1 [36 ff., 41]). Dabei bezieht es sich auf die Entstehungsgeschichte von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, s. BVerfGE 39, 1 (38 ff.). Allerdings bestand bereits im Parlamentarischen Rat Streit darüber, ob der Nasciturus in den Schutzbereich der Norm einbezogen sei oder nicht. Ein Antrag des Abgeordneten Dr. Seebohm (DP), der in den damaligen Art. 2 Abs. 1 GG den klarstellenden Satz anfügen wollte: „Das keimende Leben wird geschützt", wurde abgelehnt (s. 42. Sitzung des Hauptausschusses in: *Horst Risse/Hartmut Weber* Hauptausschuß, 2010, 1298 ff.).Während Abgeordnete der CDU/CSU und der FDP erklärten, dass dies überflüssig sei, da der Begriff des „Lebens" auch das „keimende Leben" enthalte (*dies.* ebd., S. 1300 f.), widersprach der Abgeordnete der SPD Dr. Greve dem ausdrücklich (*dies.* ebd., 1302). Der vorgeschlagene Zusatz wurde mit 11:7 Stimmen abgelehnt. Eine eindeutige Klärung ist das nicht; vgl. auch die vorsichtige Formulierung des BVerfG, ebd., 40: Es spreche mehr für die Einbeziehung des keimenden Lebens, jedenfalls „noch weniger" für die Gegenansicht.

[95] Dazu *Merkel* Forschungsobjekt Embryo (Fn. 74), 130 ff.; *Gregor Damschen/Dieter Schönecker* Argumente und Probleme in der Embryonendebatte – ein Überblick, in: dies. (Hrsg.) Der moralische Status menschlicher Embryonen, 2003, 1 ff., sowie weitere Beiträge in diesem Band; *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 86; *ders.* Bioethik (Fn. 29), 42 ff.

[96] Dazu *Torsten Hartleb* Die verfassungsrechtliche Statusdebatte zum extrakorporalen Embryo anhand der Kriterien Intentionalität, Artspezifität, Entstehungsart, Extrakorporalität und Potentialität, in: Giovanni Maio (Hrsg.) Der Status des extrakorporalen Embryos, 2007, 191 (198 ff.); bejahend *Lehmann* Adoption (Fn. 14), 110. Das Speziesargument wird teils mit dem Hinweis relativiert, dass die Speziesgrenzen nicht so deutlich ausfallen, wie

zwar *artspezifisches*, aber *kein individualisiertes* menschliches Leben vorliege.[97] Die Individuation verläuft in etwa zeitgleich zur Nidation; erst mit der Ausprägung des sogenannten Primitivstreifens endet auch die Möglichkeit zur Mehrlingsbildung.[98]

Das Kontinuitätsargument besagt, dass eine kontinuierliche Entwicklung von der befruchteten Eizelle zum geborenen Menschen vorliege. Ohne echte Zäsuren ließen sich über die verschiedenen Entwicklungsphasen aber keine moralischen Wertungsunterschiede begründen.[99] Daher müsse der Würdeschutz von Beginn an gelten. Dem wird, u.a. unter Berufung auf die Nobelpreisträgerin für Medizin, *Christiane Nüsslein-Volhard*, entgegengehalten, dass es „[b]iologisch gesehen […] fast nichts Diskontinuierlicheres“[100] gebe als die Nidation. Tatsächlich sterben

---

bislang angenommen, s. *Störtkuhl/Rothaar* Menschenwürde, in: Joerden/Hilgendorf/Thiele (Fn. 74), 783 (792 ff.).

[97] *Hartleb* Statusdebatte, in: Maio (Fn. 96), 191 (200); dagegen *Lehmann* Adoption (Fn. 14), 110 f.: Der Embryo sei ab der Kernverschmelzung artspezifisch und individualspezifisch eindeutig als menschliches Wesen geprägt. Ihm komme daher ab diesem Zeitpunkt auch Würde zu. *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 86, lehnt das Speziesargument mit der Begründung ab, dass Menschen nicht wegen ihrer biologischen Zugehörigkeit, sondern als Mitglied der sozialen Anerkennungs- und Achtungsgemeinschaft Würde zugesprochen werde. Hierzu auch *Henning Rosenau* Reproduktives und therapeutisches Klonen, in: Knut Amelung (Hrsg.) FS Schreiber, 2003, 761 (131 ff.); ebenfalls abl. *Reinhard Merkel* Contra Speziesargument: Zum normativen Status des Embryos und zum Schutz der Ethik gegen ihre biologistische Degradierung, in: Gregor Damschen/Dieter Schönecker (Hrsg.) Der moralische Status menschlicher Embryonen, 2003, 35 ff.; *ders.* Forschungsobjekt Embryo (Fn. 74), 131 ff.

[98] Der sog. Primitivstreifen ist ein sich nur vorübergehend bildender Zellwulst. Das Argument der Mehrlingsbildung führt u.a. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 37 f., an; dagegen *Sacksofsky* Status des Embryos (Fn. 61), 15; *Lehmann* Adoption (Fn. 14), 110; *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (60).

[99] Vgl. BVerfGE 39, 1 (37); das Kontinuitätsargument bejahend *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (59 ff., 62); *Starck* in: Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 53), Art. 1 GG Rn. 19; *Christian Hillgruber* in: Volker Epping/ders. (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz, 38. Aufl. 2018, Art. 1 GG Rn. 4; *Lehmann* In-vitro-Fertilisation (Fn. 13), 50 ff.; (ohne den Begriff zu verwenden) *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Menschenwürde als normatives Prinzip: Die Grundrechte in der bioethischen Debatte, JZ 2003, 809 (812 f.); dagegen *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 86 (dort auch zum sog. Sôritês-Paradoxon); *Merkel* Forschungsobjekt Embryo (Fn. 74), 157 ff., 160 („Kontinuumsargument“); *Rosenau* Klonen, in: FS Schreiber (Fn. 97), 761 (769 ff.); *Werner Heun* Menschenwürde und Lebensrecht als Maßstab für PID? Dargestellt aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Carl F. Gethmann/Stefan Huster (Hrsg.) Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, 2010, 103 (111 ff.).

[100] *Christiane Nüsslein-Volhard* Das Werden des Lebens, 2006, 190: „Die Zygote hat lediglich das Potential, eine Blastocyste zu bilden, die aus der Eihülle schlüpfen muß, um mit der Einnistung in das nächste Stadium der Entwicklung einzutreten. Biologisch gesehen gibt es fast nichts Diskontinuierlicheres in einer Entwicklung als einen solchen Vor-

ca. 70 % aller Embryonen zu diesem Zeitpunkt im mütterlichen Körper ab, und zwar ganz unabhängig von der Art ihrer Genese.[101]

Das Identitätsargument unterstreicht, dass zwischen Embryo und der Person, die sich daraus entwickeln könne, eine Identitätsbeziehung bestehe. Wenn wir also der Person Würde zusprechen, müsse dies auch für den Embryo gelten.[102] Nach der Gegenansicht kann man von Identität jedoch überhaupt nur rückblickend und erst ab der Individuation sprechen, da bis dahin aus derselben befruchteten Eizelle auch mehrere Personen mit Würde hätten entstehen können.[103]

Das Potentialitätsargument akzentuiert schließlich, dass Embryonen deshalb Würde zugesprochen werden müsse, weil sie das Potential besitzen, sich zu einem würdebegabten Wesen zu entwickeln.[104] Dem wird

---

gang, bei dem sich der Embryo in direkten zellulären Kontakt mit einem anderen Organismus begibt." Auf dieses Zitat beruft sich u.a. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 44 mit Fn. 119.

[101] Dazu *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 30 f. m.w.N.; *Michael Anderheiden* „Leben" im Grundgesetz, KritV 2001, 353 (380); die Relevanz dieses Umstandes bezweifelnd *Böckenförde* Menschenwürde (Fn. 99), 812.

[102] Siehe *Dederer* Menschenwürde (Fn. 93), 9: „Die Rückerstreckung […] des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG auf die Leibesfrucht erscheint deshalb schlüssig, weil es sich bei der Leibesfrucht und dem geborenen Menschen um ein und dasselbe Individuum handelt." Die „Entwicklung *als* Mensch" (und nicht *zum* Menschen) bilde gleichsam die „Brücke"; die Identität befürwortend auch *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (60, 62); s.a. *Merkel* Forschungsobjekt Embryo (Fn. 74), 178 ff., der auch auf die Kombination mit dem Potentialitätsargument eingeht (ebd., 179), aber selbst differenziert und auch auf Basis eines „Gedankenexperiments" dagegen argumentiert.

[103] Siehe *Rosenau* Klonen, in: FS Schreiber (Fn. 97), 761 (768 f.); *Hufen* Erosion der Menschenwürde? (Fn. 72), 315; *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 84, 86; *ders.* Bioethik (Fn. 29), 45: „Das bin ich" bzw. „Daraus konnte nur ich werden", könne man eben erst nach Abschluss der Phase der Mehrlingsbildung, also nach Individuation und Nidation, sagen. Die Gegner des Identitätsarguments verneinen i.E. also eine Identität zwischen Blastozyste und dem später geborenen Menschen. Gegen eine solche Gleichsetzung spricht zudem, dass die Blastozyste, die das Embryonalstadium zum Zeitpunkt der Nidation bezeichnet, nicht nur den Embryoblast enthält, also die pluripotenten Stammzellen, aus denen der eigentliche Embryo entsteht, sondern auch den Trophoblast, eine schützende Hülle, aus der sich nach der Verbindung mit der Gebärmutterwand die Plazenta entwickelt. Letztlich ist die Würde des Menschen „kein naturwissenschaftlich feststellbarer Sachverhalt, sondern ein normativer, geschichts- und kulturbezogener Zuschreibungsbegriff", so zutreffend *Erhard Denninger* Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt, KritV 2003, 191 (203). Doch sind alle Seiten ständig in Gefahr, in die „biologistische Falle" (*ders.* ebd.) zu tappen, da man für Wertungen jenseits des ‚Normalfalls' des geborenen Menschen Anknüpfungspunkte benötigt.

[104] Dazu *Hartleb* Statusdebatte, in: Maio (Fn. 96), 191 (220 ff.); bejahend *Starck* Verfassungsrechtliche Grenzen (Fn. 14), 1069; *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (62); a.A. *Merkel* Forschungsobjekt Embryo (Fn. 74), 161 ff., 164 ff.; *Norbert Hoerster* Forum: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, JuS 1989, 172

wiederum die nur 30%ige Erfolgschance bei der Nidation entgegengehalten.[105]

3. *Rechtlicher Status: Sachlicher Gehalt der Menschenwürdenorm des Art. 1 Abs. 1 GG im Hinblick auf den extrakorporalen Embryo*

a) *Sachlicher Gehalt der Menschenwürdenorm beim geborenen Menschen und beim extrakorporalen Embryo*

Schon diese nur kursorische Darstellung des Diskurses[106] zeigt, wie schwierig es ist, die zellbiologischen Vorgänge in der Entwicklung menschlichen Lebens moralisch angemessen zu bewerten und dann in einem zweiten Schritt in verfassungsrechtliche Kategorien zu übersetzen. Es hilft, stattdessen bei Art. 1 Abs. 1 GG selbst anzusetzen und dabei zwischen der Frage nach dem *sachlichen Gehalt* seiner Schutzwirkung und der nach der *Vorverlagerung* der Grundrechtsfähigkeit bzw. der *objektiv-rechtlichen Bindungswirkung* der Norm zu differenzieren. Letzteres ist jedenfalls möglich, auch wenn nicht alle dies befürworten.[107] Die sachliche Differenz

---

(176 f.); *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 45 f.; *Werner Heun* Embryonenforschung und Verfassung – Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, JZ 2002, 517 (520 f.).

[105] *Rosenau* Klonen, in: FS Schreiber (Fn. 97), 761 (768 ff.); *Anderheiden* Leben (Fn. 101), 378 ff., 380. Gegen das Potentialitätsargument führt *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 86; *ders.* Bioethik (Fn. 29), 46, zudem an, dass es eine der Rechtsordnung fremde Vorstellung sei, dass eine später eintretende Rechtsposition bereits in vollem Umfang der früheren Entwicklungsstufe zugesprochen werden solle; ähnlich zuvor *Hoerster* Lebensrecht (Fn. 104), 173. Sehr pointiert (der insgesamt eine Extremposition einnehmende) *Peter Singer* Praktische Ethik, 3. Aufl. 2013, 251:„Es gibt keine Regel, die besagt, dass ein potenzielles X denselben Wert oder alle Rechte von X hat. Es gibt viele Beispiele, die gerade das Gegenteil beweisen. Zieht man eine keimende Eichel aus der Erde, dann ist das nicht dasselbe, als wenn man eine ehrwürdige Eiche fällt. Ein Ei in einen Topf mit kochendem Wasser zu tauchen, ist etwas ganz anderes, als dasselbe mit einem lebenden Huhn zu tun."

[106] Er wurde inzwischen noch durch andere gedankliche Ansätze erweitert, s. hierzu *Hartleb* Statusdebatte, in: Maio (Fn. 96), 191 (192 ff.), u. weitere Beiträge in: *Giovanni Maio* (Hrsg.) Der Status des extrakorporalen Embryos, 2007.

[107] Die objektiv-rechtliche Dimension bejahend BVerfGE 39, 1 (41 f.), wobei die Frage, ob der Nasciturus „selbst Grundrechtsträger ist oder aber wegen mangelnder Rechts- und Grundrechtsfähigkeit ‚nur' von den objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt wird", explizit offen gelassen wird, i.S. der Verneinung der Rechts- und damit auch Grundrechtsfähigkeit, aber der Bejahung des objektiv-rechtlichen Schutzes auch *Udo Di Fabio* in: Roman Herzog/Matthias Herdegen (Hrsg.) Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz Kommentar I, 2017, Art. 2 II S. 1 Rn. 28 (2004). Für ein subjektives Recht des Embryos hingegen *Sacksofsky* Präimplantationsdiagnostik (Fn. 61), 278 m.w.N. in Fn. 27. In Bezug auf BVerfGE 88, 203 (252) konstatiert *dies.* Status des Embryos (Fn. 61), 16 f., dass hier die (zuvor nur implizite) Tendenz noch deutlicher werde, das

zwischen dem extrakorporalen Embryo als Verkörperung eines Potentials und dessen Entfaltung im geborenen Menschen lässt sich hingegen nicht mehr durch Wertungen überbrücken. Die Argumente zugunsten der Würde des extrakorporalen Embryos betonen, dass, ausgehend von der befruchteten Eizelle als artspezifischem Leben, eine kontinuierliche Entwicklung zu einem autonomen Subjekt stattfinden könne.[108] Aber niemand behauptet, dass der Vierzeller im Kulturmedium bereits ein autonomes Subjekt ist.[109] Dann kann er durch die Menschenwürdenorm aber auch nicht in seiner Stellung *als autonomes Subjekt* geschützt werden. In Ermangelung eines Subjekts läuft auch die korrespondierende Objektformel ins Leere: Der extrakorporale Embryo kann gar nicht zum Objekt gemacht und dadurch in seiner Würde verletzt werden.[110] Im Übrigen wäre auch unser Umgang mit Embryonen in vivo vor der Nidation eine Menschenwürdeverletzung, wenn hier bereits die Objektformel greifen würde. Der Staat müsste die Spirale dann ebenso verbieten wie die ‚Pille danach', und zwar ohne jede Abwägungsmöglichkeit.

Auch wenn also ein Würdeschutz über die Objektformel, wie er dem geborenen Menschen zukommt, beim extrakorporalen Embryo ausscheidet, verbietet es sich doch, mit ihm nach Belieben zu verfahren. Denn dieser

---

subjektive Recht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf den Embryo zu erstrecken. Sie bezeichnet die Diskussion, ob nun subjektivrechtlicher oder objektiv-rechtlicher Schutz gegeben sei, als i.E. wenig bedeutsam. M.E. spricht zumindest bezogen auf den extrakorporalen Embryo schon die fehlende Individuation gegen eine Grundrechtsfähigkeit, da es bei Grundrechten eben um individuelle Rechte geht. *Sacksofsky* ist aber zuzustimmen, dass dieser Streit i.E. nicht viel austrägt, zumal kein Verfahren für die Geltendmachung dieser Rechte existiert (s. *Sacksofsky* ebd., 17).

[108] So heißt es bei *Lehmann* Adoption (Fn. 14), 110: Der Embryo sei ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung „artspezifisch und individualspezifisch eindeutig als menschliches Wesen geprägt, ohne dass sich im Laufe der Entwicklung Abweichungen von diesem grundlegenden Entwicklungsprogramm ergeben." Es kann also nicht geleugnet werden, dass ein bestimmtes Entwicklungsprogramm ablaufen muss, bevor aus dem als „menschliches Wesen geprägt[en]" extrakorporalen Embryo ein Mensch im Sinne eines autonomen Subjekts wird.

[109] So heißt es bei *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (53): „Offenkundig müssen wir […] zwischen menschlichem Leben, einem menschlichen Lebewesen und einer menschlichen Person unterscheiden. Menschliches Leben mag man sich auch schon in der getrennten Existenz von Eizelle und Samenzelle vorstellen […]; aus ihnen entsteht ein menschliches Lebewesen. […] Aber unzweifelhaft ist es dann noch ein weiter Weg bis zur Ausbildung und Entfaltung der menschlichen Person." Ähnlich *Enders* Würde (Fn. 81), 670: Als Personen könnten die menschlichen extrakorporalen Embryonen noch nicht gelten.

[110] A.A. *Lehmann* In-vitro-Fertilisation (Fn. 13), 40 ff., die sich zunächst ausführlich mit der Objektformel beschäftigt, sie gegen Kritik verteidigt und schließlich, ebd. 52, feststellt: „Mithin handelt es sich beim Embryo bereits mit der Verschmelzung der Vorkerne um ein menschliches Individuum i.S.d. Art. 1 I GG." Dies überzeugt nicht, s.o. Fn. 108.

Embryo oder ‚Keimling' trägt eben auch den Keim zur Subjektwerdung in sich:[111] Er kann sich unter günstigen Bedingungen zum autonomen Subjekt und damit zu einem Gleichen unter Gleichen entwickeln. Daraus folgt, dass auch diesen frühesten Stadien menschlichen Lebens mit Respekt und Achtung zu begegnen ist. Dies stellt sich als eine auf das besondere Potential des Embryos bezogene inhaltliche Vorwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG dar[112] und konstituiert somit eine echte *Rechts*pflicht, die in ihrer moralischen Dimension auch durch das Potentialitäts- und das Speziesargument unterfüttert werden kann. Im Ergebnis hat der Begriff der Würde beim extrakorporalen Embryo damit einen anderen sachlichen Gehalt als bei Geborenen.[113]

---

[111] Damit wird hier auf das Potentialitätsargument zugegriffen, das eben auch jenseits der Frage eines ‚vollen Würdeschutzes', wie er dem geborenen Menschen zukommt, Relevanz besitzt. Instruktiv *Hartleb* ebd., 220 ff., der betont, dass diesem Argument aus verfassungsrechtlicher Sicht die größte Bedeutung zukomme. Er legt zunächst dar, dass das Verfassungsrecht hier einen aus der aristotelisch-thomistischen Tradition stammenden Begriff verwende. Potentialität i.e.S. bezeichne danach „nicht eine nur logische Möglichkeit (*Possibilität*) oder statistische Wahrscheinlichkeit (*Probabilität*), sondern eine *reale* oder *aktive* Potentialität im Sinne einer *dispositionellen* Möglichkeit". Bezogen auf den extrakorporalen Embryo „ist mit Potentialität das anlagebedingte (inhärente) Vermögen […] zur Ausbildung jener Fähigkeiten, die geborene Menschen auszeichnen, gemeint. Nach dieser Definition ist der extrakorporale Embryo aufgrund seiner biologischen Totipotenzeigenschaft in all seinen Erscheinungsformen bereits im Besitz dieses anlagebedingten Vermögens" (ebd. 222 f.). Die Notwendigkeit äußerer Unterstützungsmaßnahmen, hier vor allem der Transfer in den Uterus, hindere die Annahme aktiver Potentialität nicht (ebd. 223); die aktive Potentialität bejahend auch *Starck* Verfassungsrechtliche Grenzen (Fn. 14), 1069.

[112] Von einer Vorwirkung der Menschenwürde gehen auch *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 88), Art. 1 GG Rn. 9 m.w.N., und *Dederer* Menschenwürde (Fn. 93), 10, aus. *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 138 ff., der die Grundrechtsqualität von Art. 1 Abs. 1 GG verneint, bejaht eine Vorwirkung von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und von Art. 2 Abs. 1 GG: „Obzwar menschlichen Embryonen mangels (Grund-)Rechtsfähigkeit keine Grundrechte zustehen, können die Grundrechte der geborenen Menschen in ihrer Abwehrrichtung gegen den Staat Vorwirkungen entfalten und zwar selbst und gerade dann, wenn der Staat den Eintritt der abwehrrechtlichen Rechtfertigungspflicht durch Vernichtung des potentiellen Rechtsträgers gezielt unterläuft" (ebd. Rn. 138). Er bejaht insoweit einen vorbeugenden grundrechtlichen Unterlassungsanspruch und bezieht sich dabei auf planmäßige staatliche Eingriffe in den Vorgang der Fortpflanzung, insbes. durch Züchtung und Selektion (ebd. Rn. 139), die nach hier vertretener Ansicht, wie im Folg. gezeigt werden soll, von der Vorwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG erfasst sind.

[113] Gegenüber dem Konzept eines gestuften, entwicklungsabhängigen Schutzes der Menschenwürde (s. *Matthias Herdegen* Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, JZ 2001, 773 [778 ff.]; *ders.* in: Maunz/Dürig [Fn. 74], Art. 1 I Rn. 69 ff.; *Hufen* Erosion der Menschenwürde? [Fn. 72], 315 m.w.N. in Fn. 32; *Michael Kloepfer* Humangentechnik als Verfassungsfrage, JZ 2002, 417 [420 f.]) ist dieser Ansatz insofern ein Aliud, als es hier nicht um ein an [zell-]biologischen Vorgängen orientiertes graduelles Anwachsen des Menschenwürdeschutzes geht, sondern um ein unterschiedliches Rechtsgut: Ab der

Das Respekt- und Achtungsgebot aus Art. 1 Abs. 1 GG umfasst in dieser frühen Entwicklungsphase auch das potentielle Lebensinteresse des extrakorporalen Embryos.[114] Mangels Individuation geht es hier noch nicht um die nach der Nidation aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ableitbare staatliche Schutzpflicht,[115] sondern nur um eine Vorwirkung der Menschenwürde.[116] Grundrechte sind stets *individuelle* Rechte, sodass insoweit vor der Nidation und Individuation auch keine Vorwirkung in Betracht kommt, selbst wenn sie ‚nur' objektiv-rechtlicher Natur sein soll.[117] Lediglich bei der Menschenwürde als Staatsfundamentalnorm, die den Bogen auch in die Zukunft der Gemeinschaft der Freien und Gleichen spannt, ist eine Vorwirkung bezogen auf den extrakorporalen Embryo anzunehmen. Der Umstand, dass die Menschenwürde in Extremfällen, wie dem der Folter, nach verbreiteter Ansicht *auch* als Grundrecht in Anspruch genommen werden kann,[118] ändert daran nichts, da ihr ganz bewusst eine exzeptionelle Stellung im Verfassungsgefüge eingeräumt wurde, die über ihre Funktion als

---

Geburt ist der Mensch als zu vernünftiger Selbstbestimmung prinzipiell fähige Person geschützt. An dieser Subjektqualität fehlt es jedoch beim extrakorporalen Embryo. Insofern trägt auch hier der von *Enders* im Kontext von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geäußerte Gedanke, dass „das Rechtsgut, vor das sich der Staat [...] ‚schützend und fördernd' zu stellen hat, […] bereits vorhanden sein [muss]", *Enders* in: Friauf/Höfling (Fn. 30), Art. 1 GG Rn. 140. Vorhanden ist beim extrakorporalen menschlichen Embryo jedoch etwas anderes, nämlich das besondere Potential, sich unter günstigen Bedingungen zum autonomen Subjekt entwickeln zu können. Und dieses Potential ist durch eine Vorwirkung des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG geschützt. Daneben gewinnen ab der Nidation mit dem Fortschreiten der Schwangerschaft auch die staatlichen Schutzpflichten für das Leben des Nasciturus immer weiter an Gewicht, s. dazu unten Fn. 129 f.

[114] Siehe dazu bezogen auf den Nasciturus *Dietmar von der Pfordten* Gibt es Argumente für ein Lebensrecht des Nasciturus?, ARSP 76 (1990), 69 (79 ff.); *ders.* Verdienen nur zukünftige Interessen Schutz, die sich tatsächlich realisieren?, ARSP (1990), 257 ff., in Erwiderung auf *Norbert Hoerster* Hat der Nasciturus ein Interesse am Überleben?, ARSP 76 (1990), 255 ff.

[115] BVerfGE 39, 1 (37 ff., 42).

[116] *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 88), Art. 1 GG Rn. 9, nimmt eine solche Vorwirkung der Menschenwürde auch ganz explizit für die Zeit zwischen Befruchtung und Nidation an; ebenso *Di Fabio* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 2 II S. 1 Rn. 28, vgl. auch *Dieter Murswiek/Stephan Rixen* in: Michael Sachs (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2 GG Rn. 223a.

[117] Dazu *Enders* Würde (Fn. 81), 670; vgl. auch BVerfGE 30, 173 (194), wonach die Grundrechte (dort geht es um Art. 2 Abs. 1 GG) „die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person als unabdingbar voraus[setzen]." An dieser Stelle spielt dann wieder der Streit eine Rolle, ob von einer solchen „potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person" schon ab der Kernverschmelzung oder frühestens ab der Nidation und Individuation ausgegangen werden kann. Nach der hier vertretenen Ansicht muss der Prozess der Individuation abgeschlossen sein.

[118] Siehe dazu oben Fn. 88.

Grundrecht weit hinausreicht. Es erscheint daher schlüssig, dass allein die Menschenwürde als Wurzel der Grundrechte auch den extrakorporalen Embryo im Rahmen einer inhaltlichen Vorwirkung objektiv-rechtlich adressiert.

b) Gesetzgeberische Ausgestaltung des Respekt- und Achtungsgebots und die Definition des Verletzungstatbestandes

Was Respekt und Achtung für das Potential des extrakorporalen Embryos im Einzelnen bedeutet und welches Gewicht seinem potentiellen Lebensinteresse zukommt, ist vom Gesetzgeber unter Beachtung der Grundrechte Dritter, zu denen etwa die Fortpflanzungs- und die Forschungsfreiheit zählen,[119] zu konkretisieren. Dem Gesetzgeber steht insoweit ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu.[120] Die Menschenwürde ist in ihrer positiven Dimension als Respekt- und Achtungsgebot gegenüber dem Embryo genauso wenig ‚abwägungsfest' wie sie es beim geborenen Menschen im Hinblick auf das in den einzelnen Grundrechten näher ausgeformte Autonomieprinzip ist.[121] Abwägungsfest ist sie immer nur, wenn es um ihre negative Definition, also um den Verlet-

---

[119] Zur Herleitung der Fortpflanzungsfreiheit s.o. Fn. 3; zur Forschungsfreiheit in der bioethischen Diskussion s. *Dreier* Bioethik (Fn. 29), bes. 48 ff. m.w.N., der zutreffend darauf hinweist, dass aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch staatliche Schutzpflichten für Leben und Gesundheit erwachsen, die forschungsfördernd wirken können, jedenfalls aber den ohnehin schwer zu rechtfertigenden absoluten Forschungsverboten entgegenstehen (ebd., 47 m.w.N.). Zu Fragen der Biotechnik im Humanbereich vor dem Hintergrund des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schon früh *Hasso Hofmann* Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?, JZ 1986, 253 (257 ff.). Siehe für eine Stellungnahme evangelischer Ethiker *Johannes Fischer/Reiner Anselm/Ulrich H. J. Körtner/Christian Schwarke/Hartmut Kreß/Klaus Tanner/Christofer Frey/Dietrich Rössler* Starre Fronten überwinden, in: Reiner Anselm/Ulrich H. J. Körtner (Hrsg.) Streitfall Biomedizin, 2003, 197 ff. Für die grds. Zulassung der Forschung an überzähligen Embryonen jetzt *Dorneck* Fortpflanzungsmedizin (Fn. 3), zusf. 254 m.w.N.

[120] Allerdings ist bei der Gesetzgebung die Wesentlichkeitstheorie zu beachten, die hier aufgrund des starken Menschenwürdebezuges hohe Relevanz besitzt. Auch sollten gesetzgeberische Maßnahmen durch einen breiten gesellschaftlichen Diskurs, der u.a. durch Stellungnahmen von Ethikkommissionen initiiert werden kann, flankiert werden; s. dazu *Karl-Peter Sommermann* Ethisierung des öffentlichen Diskurses und Verstaatlichung der Ethik, ARSP 89 (2003), 75 (79, 81 ff.), der zwischen rechtsetzungsvorbereitenden, -ergänzenden und -vollziehenden Ethikdiskursen differenziert und den die Gesetzgebung vorbereitenden gesellschaftlichen Diskurs zwar begrüßt, eine tendenzielle „Verstaatlichung" von Ethikdiskursen aber kritisch sieht.

[121] Auch *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 88), Art. 1 GG Rn. 9, weist darauf hin, dass der Schutz, den die Menschenwürde im Rahmen ihrer Vorwirkung entfaltet, nicht absoluter Natur ist, sondern dem Prinzipiencharakter entsprechend ein bloßer Abwägungsschutz; s.a. *Di Fabio* in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 2 II S. 1 Rn. 29.

zungstatbestand geht. Auch dem auf den Embryo bezogenen Respekt- und Achtungsgebot aus Art. 1 Abs. 1 GG entspricht negativ ein Verletzungstatbestand. Auch hier lassen sich also – analog zur Objektformel – Fallgruppen formulieren, bei denen objektiv-rechtlich ein Verstoß gegen die Menschenwürde gegeben wäre, sodass ein entsprechendes Gesetz ohne jede Abwägungsmöglichkeit nichtig wäre. Dies würde etwa für ein Eugenik-Gesetz gelten oder für die gentechnische Erzeugung eigenständiger Chimären- und Hybridwesen[122] unter Verwendung menschlichen Erbmaterials.

4. Skizze der Rechtslage in drei unterschiedlichen Stadien menschlichen Lebens

Die Rechtslage im Hinblick auf den extrakorporalen Embryo unterscheidet sich nicht nur von der nach der Geburt, sondern auch von der nach der Nidation. Um mit der eindeutigsten Situation zu beginnen: Nach der Geburt greift der volle Schutz vor Verletzungen der Menschenwürde im Sinne der Objektformel.[123] Zudem besteht mit der Rechts- auch die Grundrechtsfä-

---

[122] Diese Fallgruppe wäre enger definiert als der geltende § 7 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, der wie folgt lautet: „Wer es unternimmt, 1. Embryonen mit unterschiedlichen Erbinformationen unter Verwendung mindestens eines menschlichen Embryos zu einem Zellverband zu vereinigen […] wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft." Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ESchG wäre es also auch verboten, auf diese Weise Organe zu züchten, die Menschen transplantiert werden könnten. Auch diese Frage ist zwar ethisch sehr heikel, unterscheidet sich aber deutlich von der Erzeugung eines eigenständig lebensfähigen Chimären- oder Hybridwesens, da viele Patienten, die vergeblich auf Organspenden warten, die Züchtung von Organen als lebensrettende Maßnahme dringend begrüßen würden. Eine solche Frage muss der Gesetzgeber entscheiden können. Siehe dazu *Deutscher Ethikrat* Mensch-Tier-Mischwesen in der Forschung, 2011, der betont, dass die Überschreitung „der traditionell als fest und eindeutig wahrgenommenen und für unser Rechtssystem konstitutiven Mensch-Tier-Grenze […] die Gesellschaft tendenziell vor enorme Herausforderungen [stellt]: Das Universum der ethisch und rechtlich zu privilegierenden Subjekte verändert sich; vertraute Zuschreibungen können infrage gestellt und unvertraute unsere ethischen und sozialen Kompetenzen herausfordern" (ebd. 133). Gleichwohl hält der Deutsche Ethikrat die „Erzeugung von und die Forschung mit Mensch-Tier-Zybriden unter Verwendung menschlichen Erbmaterials und tierischer Eizellen […] – ausgenommen ihrer Einpflanzung in einen tierischen oder menschlichen Uterus – [für] ethisch vertretbar und zulässig" (ebd.); Anm.: Ein Zybrid oder zytoplasmischer Hybrid entsteht durch einen speziesübergreifenden Zellkerntransfer.

[123] Dies gilt selbstverständlich für jeden Menschen, ohne Rücksicht auf die Eigenschaften oder Leistungen des Einzelnen (also auch für Neugeborene, Behinderte, Komatöse etc.), s. dazu *Hillgruber* in: Epping/ders. (Fn. 99), Art. 1 GG Rn. 3 m.w.N.; *Isensee* in: HGR IV (Fn. 73), § 87 Rn. 198. Zur Voraussetzung der Existenz eines geborenen Menschen mit prinzipieller, aber nicht notwendig aktueller Fähigkeit zur Selbstbestimmung *Dreier* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 66. Siehe zu den tieferen Gründen, warum wir die Würde *jedem* geborenen Menschen ganz unabhängig davon, ob der Einzelne tatsächlich zur

higkeit. Der Schutz aus Art. 1 Abs. 1 GG ist vom Schutz des Lebens aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu entkoppeln:[124] Wie das Bundesverfassungsgericht bezogen auf den Abschuss eines nur mit Terroristen besetzten und zur Waffe umfunktionierten Flugzeugs judiziert hat,[125] kann das Leben entzogen werden, ohne die Menschenwürde zu verletzen. Umgekehrt wird die Menschenwürde durch Folter aber auch verletzt, wenn das Opfer danach weiterlebt.

Davon unterscheidet sich die Rechtslage des extrakorporalen Embryos deutlich: Er profitiert zwar von einer objektiv-rechtlichen *Vorwirkung* der Menschenwürde. Mangels Subjektqualität kann sie aber nicht dadurch verletzt werden, dass der Embryo zum Objekt gemacht wird. Doch verfügt er über das für seine Würde relevante Potential, sich unter günstigen Bedingungen zum autonomen Subjekt entwickeln zu können. Wird das daraus folgende Respekt- und Achtungsgebot evident missachtet – Stichwort: Eugenik-Gesetz – so liegt eine Würdeverletzung vor. Menschenwürde- und Lebensschutz sind in diesem Stadium noch nicht entkoppelt.

Nach der Nidation und Individuation lassen sich Menschenwürde- und Lebensschutz hingegen entkoppeln. Hier kann nun auch die vom Bundesverfassungsgericht in den Abtreibungsentscheidungen thematisierte staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG greifen.[126] Zudem löst sich

---

Selbstbestimmung in der Lage oder sich seiner selbst auch nur bewusst ist, in einem normativen Akt zusprechen bzw. einander versprechen müssen, *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104, 106 ff.,119 f., 123 ff., bes. 126): „Das gegenseitige Versprechen, uns als in gleicher Weise würdige Mitglieder des Gemeinwesens anzuerkennen, schließt es […] aus, […] einem anderen Individuum diesen Status – aus welchen Gründen auch immer – prinzipiell abzusprechen" (ebd., 126 m.w.N.). Eine andere Begründung liefert *Enders* Menschenwürde (Fn. 78), bes. 18 f., 383 f., der deutlich macht, dass die Subjektqualität dem Menschen als Menschen zukommt und damit keine *empirische* Erscheinung gemeint ist, zur Menschqualität also auch kein weiterer Erwerbstatbestand hinzutreten muss, Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG vielmehr eine *unwiderlegliche Vermutung* zugunsten der in seiner Subjektqualität liegenden Würde des Menschen formuliert.

[124] *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 40; *ders.* in: ders. (Fn. 53), Art. 1 I GG Rn. 69; *Heun* Embryonenforschung (Fn. 104), 518; *Hofmann* Versprochene Menschenwürde, in: ders. (Fn. 77), 104 (125); *Helmuth Schulze-Fielitz* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II GG Rn. 118; dagegen *Höfling* in: Sachs (Fn. 73), Art. 1 GG Rn. 56, 69.

[125] BVerfGE 115, 118 (160 ff.). Diese Konstellation wurde zuletzt aufgrund des Theaterstücks „Terror" von Ferdinand v. Schirach auch in der allgemeinen Bevölkerung breit diskutiert.

[126] BVerfGE 39, 1 (37); BVerfGE 88, 203 (251 f.). Siehe für eine neben der verfassungsrechtlichen auch die ethische Perspektive (in Auseinandersetzung mit Hoerster) einbeziehende Begründung des Lebensrechts (und des potentiellen Lebensinteresses) des Nasciturus *von der Pfordten* Lebensrecht (Fn. 114), 73 ff., 76 ff.; s.a. *ders.* Zukünftige Interessen (Fn. 114), in Erwiderung auf die Replik von *Hoerster* Nasciturus (Fn. 114), 255 ff.

auch der Widerspruch zwischen der Aussage des Gerichts zur Würde jeden menschlichen Lebens und seinen Ausführungen zur Abtreibung auf, wenn eine Würdeverletzung beim geborenen Menschen unter anderen Voraussetzungen zu bejahen ist als beim Nasciturus: Wäre beim Nasciturus bereits die Objektformel einschlägig, so müsste wohl jede Abtreibung, und zwar ohne jede Abwägungsmöglichkeit,[127] als Würdeverletzung gelten. Anders ist dies, wenn man davon ausgeht, dass auch beim Nasciturus nur die evidente Verletzung des Respekt- und Achtungsgebots Maßstab einer Würdeverletzung ist.[128] Im Übrigen ist das Respekt- und Achtungsgebot vom Gesetzgeber zu konkretisieren, der insoweit zwischen dem – wachsenden (!) – Gewicht des Lebensrechts des Nasciturus[129] und dem Selbstbestimmungsrecht der Mutter abwägen muss.[130]

V. Fazit: Fortpflanzungsmedizin zwischen verfassungsrechtlichen Anforderungen und politischem Prozess

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Bereich der Fortpflanzungsmedizin dringender Handlungsbedarf besteht und die Komplexität der Materie in der Tat für ein umfassendes Fortpflanzungsmedizingesetz spricht. Vor dem Hintergrund der Fortpflanzungsfreiheit sowie staatlicher Schutzpflichten für die Gesundheit und die Sicherung der Rechte von Kindern wird sich dies eher früher als später zu einem *verfassungsrechtlichen*

---

[127] Bei wirklich gleichem Schutzniveau käme noch nicht einmal eine Abwägung mit dem Leben der Mutter in Betracht, wenn dieses bei Fortsetzung der Schwangerschaft bedroht sein sollte.

[128] Eine Verletzung der Würde des Nasciturus (und der Mutter) wäre bspw. bei staatlich angeordneten Abtreibungen zu bejahen (so auch *Enders* in: Friauf/Höfling [Fn. 30], Art. 1 GG Rn. 139), wie sie etwa im Rahmen der Ein-Kind-Politik in China praktiziert wurden.

[129] Siehe ausführlich zu dem gestuften Schutzkonzept, das sich auch in den §§ 218 ff. StGB niederschlägt, *Horst Dreier* Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, 377; *ders.* Bioethik (Fn. 29), 53 ff. Für ein „Konzept des anwachsenden Lebensschutzes" spricht sich auch *Sacksofsky* Status des Embryos (Fn. 61), 25 ff. (27) aus; dagegen *Huber* Ende der Person, in: Reuter/Dreier/ders. (Fn. 64), 51 (52).

[130] Dabei wird die Position des Nasciturus umso stärker, je näher der Geburtstermin rückt. Siehe zum Schwangerschaftsabbruch bei Gefahren für Gesundheit oder Leben der Mutter durch die Leibesfrucht *Dreier* Bioethik (Fn. 29), 58 f. *Sacksofsky* Präimplantationsdiagnostik (Fn. 61), 285 ff., hält den Schwangerschaftsabbruch – jedenfalls in einem frühen Entwicklungsstadium des Embryos – wegen des Selbstbestimmungsrechts der Frau über den eigenen Körper für verfassungsrechtlich zulässig (ebd. 286, zusf. 292). Zur ethisch besonders heiklen Frage der Zulässigkeit von Spätabtreibungen *Norbert Hoerster/Jürgen Rüttgers* Zulässigkeit von Spätabtreibungen? Pro (*Hoerster*) und Contra (*Rüttgers*), ZRP 2007, 71.

Regulierungsauftrag verdichten.[131] Der Gesetzgeber steht hier vor der Herausforderung, unter schwierigen Rahmenbedingungen das verfassungsrechtliche Gebot, das Potential des extrakorporalen Embryos zu respektieren und zu achten, zu konkretisieren und mit den Grundrechten Dritter in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Bislang wurde die Gesetzgebung insbesondere auch durch die Kontroverse um die Menschenwürdenorm blockiert. Es hat sich aber gezeigt, dass diese letztlich nur wenige ‚abwägungsfeste' Vorgaben für die Regulierung der Fortpflanzungsmedizin enthält.[132] Wie restriktiv oder liberal das dringend erforderliche Fortpflanzungsmedizingesetz also ausfallen wird, ist in erster Linie eine Frage des politischen Prozesses und der Mehrheitsverhältnisse im Parlament.

[131] Um dies genauer beurteilen zu können, müssten die in einem Fortpflanzungsmedizingesetz zu regelnden Fragen im Einzelnen vor dem Hintergrund der einschlägigen staatlichen Schutzpflichten unter Berücksichtigung der Grundrechte Dritter analysiert werden. Dies kann vorliegend jedoch nicht geleistet werden. Siehe für eine dezidierte Stellungnahme zu einer ganzen Reihe dieser Fragen jetzt aber *Kersten* Regulierungsauftrag (Fn. 3), 1251 ff.

[132] Eine Würdeverletzung wäre etwa anzunehmen, wenn bei der gesetzlichen Regelung der IVF oder der Embryonenspende (unabhängig von den Wünschen der Eltern) vom Staat zwingend vorgeschrieben würde, dass vorab eine PID durchzuführen und alle Embryonen mit chromosomalen Abweichungen zu verwerfen bzw. die Abweichungen im CRISPR/Cas9-Verfahren (sog. Gen-Schere) zu beseitigen sind. Enger *Ute Sacksofsky* Anforderungen an ein Fortpflanzungsmedizingesetz – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, in: Fuat Oduncu/Katrin Platzer/Wolfram Henn (Hrsg.) Der Zugriff auf den Embryo, 2005, 52 ff., zusf. 69, nach deren Auffassung die PID immer gegen die Menschenwürde verstößt; s.a. *dies*. Präimplantationsdiagnostik (Fn. 61), zusf. 292.

Leitsätze der 2. Referentin über:

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?

I. Einleitung

(1) Mit dem rasanten Fortschritt in der Reproduktionsmedizin sind die Chancen, das Grundrecht auf Fortpflanzungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu realisieren, ebenso gestiegen wie der Regulierungsbedarf. Daher wird ein umfassendes Fortpflanzungsmedizingesetz gefordert. Der Bund hat dafür auch, anders als noch beim Embryonenschutzgesetz (ESchG), die Gesetzgebungskompetenz (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG).

II. Bestandsaufnahme und besondere Herausforderungen der gesetzlichen Regulierung

(2) Das ESchG von 1990 ist wissenschaftlich überholt, lückenhaft (Bsp. Embryonenspende) und wird als reines Strafgesetz der Komplexität der Materie nicht gerecht. Einige Restriktionen wirken sich sogar nachteilig auf die Gesundheit von Mutter und Kind aus. Fragen der Eltern-Kind-Zuordnung bei Mehrelternschaft und das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sind unzureichend geregelt. Auch ist es vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG problematisch, dass die Samenspende erlaubt, die Eizellspende hingegen verboten ist.

(3) Die bisherige Untätigkeit des Gesetzgebers erklärt sich aus der hohen Komplexität der Materie und den schwierigen Rahmenbedingungen der Regulierung:

(a) Neue wissenschaftliche Erkenntnisse – z.B. zum Zeitpunkt der Verschmelzung der elterlichen Chromosomensätze oder zur Reprogrammierbarkeit totipotenter Zellen – schlagen unmittelbar auf die gesetzliche Ebene (Begriff des „Embryos“ i.S.v. § 8 ESchG) durch und bringen eine besondere Dynamik in die Materie.

(b) Die Regulierung muss dem gesellschaftlichen Wandel – insbesondere der Pluralisierung der Familienstrukturen – Rechnung tragen. Diese liegt der Fortpflanzungsmedizin voraus, wird durch sie aber auch weiter verstärkt.

(c) Die starke Emotionalisierung der hochkontroversen bioethischen Fragen rund um den Beginn des Lebens lässt den Gesetzgeber davor zurückschrecken, mit einer Reform die ‚Büchse der Pandora' zu öffnen. Zudem wird die bioethische Position zum extrakorporalen Embryo mit Fragen der Auslegung der Menschenwürdenorm verwoben. In den ungeklärten Fragen nach dem Umgang mit dem fundamentalen Wertepluralismus und der Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG liegen die Hauptursachen für die gesetzgeberische Blockade.

III. Biomedizin im Spannungsfeld von gesellschaftlichem Pluralismus, staatlicher Neutralität und verfassungsrechtlichem Grundkonsens

(4) Unterschiedliche Disziplinen nähern sich dem Problem des Wertepluralismus auf unterschiedliche Weise an: John Rawls fand die Antwort im rationalen Kern eines alle streitigen metaphysischen Argumente aussparenden „overlapping consensus" vernunftbegabter Subjekte. In der Rechtsphilosophie wurde die These formuliert, dass nur das rechtsethische Minimum über strafrechtliche Sanktionen, wie sie auch das ESchG vorsieht, durchgesetzt werden dürfe. Einige politikwissenschaftliche Ansätze setzen dagegen ganz pragmatisch auf die gesetzgeberische Gestaltung eines Modus Vivendi.

Bestimmte Aspekte dieser drei Perspektiven scheinen im Grundgesetz im Hegel'schen Sinne ‚aufgehoben' zu sein:

(a) Das, was wir als verfassungsrechtlichen Grundkonsens bezeichnen, lässt sich auch als „overlapping consensus" hinsichtlich der das staatliche Zusammenleben regelnden Grundnormen in einer hochpluralistischen, moralisch divergenten Gesellschaft begreifen.

(b) Das rechtsethische Minimum materialisiert sich in den Grundrechten und wirkt so über Schutzpflichten für Leben, Gesundheit etc. auf den Gesetzgeber ein, der jedoch einen großen Gestaltungsspielraum hat. Die Forderung, nur das rechtsethische Minimum zu sanktionieren, hat daher bloß appellativen Charakter; verbindliche Vorgaben für die Regulierung der Fortpflanzungsmedizin erwachsen daraus nicht.

(c) Die Verfassung als Rahmenordnung mit bestimmten prozeduralen Spielregeln ermöglicht es, den Modus Vivendi gesetzgeberisch stets neu auszutarieren. In der pluralistischen Demokratie gibt es kein vorgegebenes Gemeinwohl und keine für alle verbindliche Auffassung des Guten.

Der entscheidende Mechanismus zur Auflösung des sachlichen Dissenses sowie der Spannung zwischen Rationalitätsanspruch des Gesetzes und den Eigengesetzlichkeiten politischer Prozesse ist das demokratische Mehrheitsprinzip.

(5) Der politische Prozess findet allein in der Verfassung seine rechtliche Grenze.

(a) Dies gilt namentlich für die Grundrechte, die in der Kontroverse um die Regulierung der Fortpflanzungsmedizin jedoch ganz im Schatten der ‚abwägungsfesten' Vorgaben der Menschenwürdenorm stehen.

(b) Als verfassungsrechtliche Grenze fungiert auch das Neutralitätsprinzip im Sinne der Nichtidentifikation des Staates mit bestimmten religiösen Positionen (vgl. Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG sowie Art. 136 Abs. 1, 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG). Von Gesetzen kann keine Ergebnis-, sondern nur Begründungsneutralität verlangt werden: Ein durch Gesetz ermöglichter Freiheitseingriff muss also ohne Rückgriff auf eine bestimmte religiöse Position begründbar sein.

(6) Zentral für die Regulierungsdebatte ist die Auslegung der Menschenwürdenorm. Es wird prekär, wenn der moralische Diskurs zum extrakorporalen Embryo sich ungefiltert auf die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG verlagert, der zudem unter dem Schutz von Art. 79 Abs. 3 GG steht. Die Zementierung einer nur partikularen Auffassung des Guten als verfassungsrechtlicher Gehalt des Art. 1 Abs. 1 GG würde in einen Selbstwiderspruch mit der durch diese Norm postulierten, aus dem Schutz individueller und kollektiver Autonomie erwachsenden Freiheitlichkeit führen.

(a) Art. 1 Abs. 1 GG steht für die Grundentscheidung, die staatliche Ordnung des Grundgesetzes in der Würde des Menschen zu fundieren. Aus der Funktion als Staatsfundamentalnorm folgt, dass die Menschenwürde Ausdruck des verfassungsrechtlichen Grundkonsenses bzw. des „overlapping consensus" (Rawls) sein muss, dem pluralistischen Meinungskampf somit entzogen ist. Allgemein konsentierter Kern dieser Norm ist der Schutz des autonomen Subjekts. Sonstige Vorstellungen in den verschiedenen Entwicklungslinien der Würdeidee sind nicht Gegenstand ihrer verfassungsrechtlichen Verbürgung geworden, können aber selbstverständlich in die Gesetzgebung einfließen.

(b) Ergänzend weist auch das Neutralitätsprinzip als Gebot der Nicht-Identifikation des Staates mit bestimmten religiösen Positionen im Kontext der Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG auf eine nicht zu rechtfertigende Verengung des Spielraums des Gesetzgebers und der Freiheit der Bürgerinnen und Bürger hin.

(c) Der spezifisch verfassungsrechtliche Gehalt der Menschenwürde fällt somit deutlich ‚sparsamer' aus und hält weniger Antworten auf Einzelfragen bereit, als manche Stellungnahmen zum Rechtsstatus des Embryos

nahelegen. Gleichzeitig erweitert sich damit der Spielraum des Gesetzgebers, der auch insoweit den Modus Vivendi gestalten darf und muss.

IV. Der Status des extrakorporalen Embryos als Kristallisationspunkt der auf die Menschenwürde fokussierten Regulierungsdebatte

(7) Die Menschenwürdenorm schützt in ihrer positiven Dimension die Autonomie bzw. die Subjektstellung des Einzelnen. Dem entspricht die negative Definition des Verletzungstatbestands über die Objektformel.

(8) Art. 1 Abs. 1 GG spricht von der „Würde des Menschen“. Die Norm selbst trifft keine Aussage zu der vorgelagerten Frage, ab wann es sich in diesem Sinne um menschliches Leben handelt. Eindeutig ist die Rechtslage ab der Geburt (Rechts-/ Grundrechtsfähigkeit).

(9) Im Diskurs über den moralischen Status des extrakorporalen Embryos werden die sog. SKIP-Argumente – d.h. das Spezies-, das Kontinuum- oder Kontinuitäts-, das Identitäts- und das Potentialitätsargument – geltend gemacht.

(10) Ausgangspunkt der Bestimmung des Rechtsstatus des extrakorporalen Embryos muss Art. 1 Abs. 1 GG sein. Dabei ist zwischen der Frage der Vorverlagerung der objektiv-rechtlichen Bindungswirkung der Norm und ihrem sachlichen Gehalt zu differenzieren. Ersteres ist möglich, während die sachliche Differenz zwischen dem extrakorporalen Embryo als Verkörperung eines Potentials und dessen Entfaltung im geborenen Menschen nicht mehr durch Wertungen überbrückt werden kann: Der Vierzeller im Kulturmedium ist kein autonomes Subjekt und kann daher durch Art. 1 Abs. 1 GG auch nicht als autonomes Subjekt geschützt werden. In Ermangelung eines Subjekts läuft auch die Objektformel ins Leere: Der extrakorporale Embryo kann nicht zum Objekt gemacht und dadurch in seiner Würde verletzt werden.

(11) Der extrakorporale Embryo kann sich unter günstigen Bedingungen aber zum autonomen Subjekt und damit zu einem Gleichen unter Gleichen entwickeln. Daraus folgt, dass ihm mit Respekt und Achtung zu begegnen ist. Dies stellt sich als eine auf sein besonderes Potential bezogene inhaltliche Vorwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG dar und konstituiert somit eine echte Rechtspflicht, die dem Begriff der Würde insoweit jedoch einen anderen Gehalt gibt, als er ihn bei Geborenen hat.

(12) Das Respekt- und Achtungsgebot aus Art. 1 Abs. 1 GG umfasst auch das potentielle Lebensinteresse des extrakorporalen Embryos. Die aus Art. 2 Abs. 2 GG ableitbare staatliche Schutzpflicht greift erst ab der sich parallel zur Nidation vollziehenden Individuation. Grundrechte als individuelle Rechte setzen einen individualisierten Rechtsträger voraus;

bis zur Individuation ist aber noch eine Mehrlingsbildung möglich. Erst danach entkoppelt sich der Menschenwürde- vom Lebensschutz.

(13) Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Respekt- und Achtungsgebot im Hinblick auf den extrakorporalen Embryo unter Beachtung der Grundrechte Dritter zu konkretisieren. In seiner positiven Dimension ist dieses Gebot genauso wenig abwägungsfest wie das Autonomieprinzip. Abwägungsfest ist die Menschenwürde immer nur bezogen auf den Verletzungstatbestand. Analog zur Objektformel lassen sich auch bei evidenter Verletzung des Respekt- und Achtungsgebots Fallgruppen formulieren, in denen objektiv-rechtlich ein Menschenwürdeverstoß zu bejahen wäre. Dies würde z.B. für ein Eugenik-Gesetz oder für die Erzeugung von Chimären- und Hybridwesen mit menschlichem Erbmaterial gelten.

V. Fazit: Fortpflanzungsmedizin zwischen verfassungsrechtlichen Anforderungen und politischem Prozess

(14) Ein umfassendes Fortpflanzungsmedizingesetz ist dringend erforderlich. Der Gesetzgeber muss hier unter schwierigen Rahmenbedingungen das verfassungsrechtliche Gebot, das Potential des extrakorporalen Embryos zu respektieren und zu achten, konkretisieren und mit den Grundrechten Dritter in einen angemessenen Ausgleich bringen. Art. 1 Abs. 1 GG enthält dafür nur wenige ‚abwägungsfeste' Vorgaben; die Verantwortung liegt in erster Linie beim Parlament.

3. Aussprache und Schlussworte

Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?

Ute Sacksofsky: Liebe Kolleginnen und Kollegen, hiermit möchte ich die Aussprache zu unserem Beratungsgegenstand eröffnen. Da wir nicht ganz so viele Anmeldungen haben wie bisher, gebe ich eine Minute länger pro Person, sodass Sie die Chance haben, Ihre Position etwas mehr zu entfalten. Das heißt aber nicht, dass man diese Zeit ausschöpfen muss. Sie erinnern sich, Zwischenrufe sind erwünscht, aber sie müssen pointiert, kurz und witzig sein.

Die Diskussion gliedert sich in vier Blöcke: Zunächst wird es um Grundfragen und die Herangehensweise gehen, dann werden internationalrechtliche und rechtsvergleichende Fragen angesprochen. Im Anschluss kommen wir zur Menschenwürde und schließlich zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Für den ersten Block habe ich drei Diskussionsbeiträge.

Stefan Huster: Ich möchte mich zunächst einmal für die beiden Referate bedanken. Ich fand sowohl das rechtsvergleichende Panorama, als auch die differenzierte grundrechtliche Zuordnung von *Angelika Siehr* sehr beeindruckend. Auch die Ergebnisse waren plausibel; über die Begründungsneutralität habe ich mich natürlich besonders gefreut. Ich will aber trotzdem eine Grundtendenz beider Referate etwas in Frage stellen. Beide Referate sind der Meinung, dass wir in Deutschland unter einer gewissen Überkonstitutionalisierung der gesamten Diskussion leiden und es geboten ist, zu einem politischen Prozess zu kommen, in dem diese Fragen vernünftig geregelt werden. Meine Frage ist nun, ob es nicht doch einen gewissen Konflikt oder ein Spannungsverhältnis zwischen politischen und juristischen Rationalitäten an dieser Stelle gibt. Der bekannte Sozialwissenschaftler *Albert Hirschman* hat einmal versucht, verschiedene Konflikte zu unterscheiden, die die Gesellschaft spalten oder integrieren, wenn wir sie diskutieren: teilbare und unteilbare Konflikte. Die unteilbaren Konflikte sind die Wertkonflikte, die ideologisch aufgeladenen Konflikte. Die Dinge, über die wir hier sprechen, gehören sicherlich zu den unteilbaren Konflik-

ten. Und wenn man sich die politische Diskussion anschaut und sie über Jahre verfolgt, dann ist es, glaube ich, ein nicht ganz unplausibles Anliegen der Politik, zu verhindern, dass unser Gemeinwesen alle zwei Jahre oder alle fünf Jahre in eine Diskussion über diese Dinge einsteigt, wo die Bürger auf einer sehr fundamentalen Ebene zutiefst zerstritten sind; *Angelika Siehr* hat ja sogar das Wort „Glaubenskriege" an dieser Stelle bemüht. Und insoweit frage ich mich, ob nicht all das, was hier aus juristischer Sicht gesagt worden ist – der Gesetzesvorbehalt und all die wichtigen Güter, die hier zu regeln sind, und dass die alte Rechtlage veraltet ist – nicht mit der politischen Rationalität in Konflikt gerät, zu sagen, das ist wirklich ein Gebiet, wo es für das Gemeinwesen vielleicht besser ist, wenn da mal Ruhe ist, wenn da Gras drüber wächst, wenn wir das nicht alle paar Jahre wieder neu aufrufen? Vielleicht ist da auch die Juridifizierung der Diskussion eine Strategie der Gesellschaft, sich nicht immer wieder über diese Glaubensfragen unterhalten zu müssen im Modus der Politik. Meine Frage wäre jetzt: Ist es eigentlich möglich, wenn das eine halbwegs zutreffende Beschreibung ist, diese politischen Anliegen in eine juristische und insbesondere verfassungsrechtliche Betrachtung zu integrieren? Danke.

Friedhelm Hufen: Liebe Kolleginnen und Kollegen: Ich widerspreche meinem Kollegen *Huster* gerade in solchen Fragen sehr ungern, aber dass wir in Sachen Fortpflanzungsgesetz Ruhe lassen können, vermag ich nicht einzusehen. Unser heutiges Thema lautet: „Verarbeitung von technischem und medizinischem Wandel". Heute Morgen haben wir über Verwaltung und Effizienz gesprochen, heute Nachmittag sprechen wir über medizinischen Wandel und Grundfragen des Menschen wie Zeugung und Geburt. Ich bin Herrn *Sydow* dankbar, dass er unseren Blick ein wenig in rechtsvergleichender Richtung erweitert und den sehr pragmatischen Ansatz im Vereinigten Königreich und den demokratiebetonten Ansatz Frankreichs beschrieben hat. Den deutschen Ansatz hat er dann als durch das Grundgesetz geleitet gekennzeichnet, und in der Tat: Die Grundfragen von Zeugung, Leben, Krankheit und Sterben werden in Deutschland immer auch auf Verfassungsebene und oft auch sogleich im Hinblick auf die Menschenwürde diskutiert. Damit fangen die Probleme aber oft erst an. Wenn wir über das Grundgesetz und gerade die Menschenwürde nachdenken, dann müssen wir sehr aufpassen, dass wir nicht ungefragt ethische und religiöse Maßstäbe in die Lösung konkreter verfassungsrechtlicher Fragen einfließen lassen, und auch, dass wir nicht im europäischen Kontext in eine Sonderstellung geraten. Das klang bei Frau *Siehr* kurz an, aber ich glaube in Deutschland diskutiert man über diese Dinge schlicht anders als in anderen westlichen Demokratien. Deshalb ist es nicht nur das Grundgesetz, das unsere Beurteilung bestimmt, sondern auch und vor allem das historische

Erbe und die damit zusammenhängende Schwere der Probleme. Ein hier nicht anwesender Schweizer Kollege hat mir einmal gesagt: „Wo ihr Deutschen in bioethischen Fragen hin grübelt, da wächst kein Gras mehr.“ Da scheint mir in der Tat etwas dran zu sein. Und gerade deshalb dürfen wir auch nicht innehalten, lieber Herr *Huster*, in dem, was beide Referenten gefordert haben, nämlich dass der Gesetzgeber hier in diesen elementaren Fragen der Fortpflanzung tätig wird. Denn „Verarbeitung des technischen und medizinischen Fortschritts“ in diesen Bereichen heißt auch und vorwiegend: Freiheit zur Inanspruchnahme des technischen und medizinischen Fortschritts. Wir reden hier über elementare Menschenrechte, das Recht auf Fortpflanzung, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Mutter, das Elternrecht, auch über Wissenschaftsfreiheit und Berufsfreiheit. Deshalb hat der Gesetzgeber zwar in diesem Bereich Gestaltungsspielräume, aber im Grundsatz muss er regelnd tätig werden, um seiner Schutzpflicht für diese Grundrechte gerecht zu werden und die Inanspruchnahme von medizinischem Fortschritt zu ermöglichen und abzusichern. Auch muss er bestehende gesetzliche Schranken daraufhin überprüfen, ob sie vor dem Hintergrund des medizinischen Fortschritts noch berechtigt sind. Dafür sind nach der Grundrechtsdogmatik konkrete verfassungsimmanente Schranken erforderlich und es reicht im weltanschaulich neutralen Staat nicht aus, abstrakt die Menschenwürde zu beschwören, um die jeweils eigene ethische Position durchzusetzen. Das hat Frau *Siehr* dankenswerterweise mehrmals angesprochen. Deshalb würde ich dazu raten, die Lösung etwaiger Probleme der Fortpflanzungsmedizin und des Embryonenschutzes mit den bewährten Instrumenten der Grundrechtsdogmatik zu suchen. Wir haben den Schutzbereich mehrerer Grundrechte, insbesondere körperliche Unversehrtheit und Fortpflanzungsfreiheit, wir haben Eingriffe in diesen Schutzbereich im Embryonenschutzgesetz und wir haben zu prüfen, ob diese Eingriffe (noch) gerechtfertigt, d.h. durch andere Verfassungsgüter gedeckt und verhältnismäßig sind. Bei dieser Prüfung dürfen dann Argumente wie „Büchse der Pandora“ oder „Dammbruch“ die Verhältnismäßigkeit nicht unterlaufen. Frau *Siehr* hat sehr zu Recht hervorgehoben, dass im Vorgang der Reproduktionsmedizin von einer drohenden Verletzung der Menschenwürde im Allgemeinen keine Rede sein kann. Ergebnis: Der Staat muss seiner Schutzpflicht für elementare Grundrechte durch ein Fortpflanzungsgesetz Rechnung tragen, das Freiheit ermöglicht und das die Inanspruchnahme des medizinischen Fortschritts nicht übermäßig behindert. Konkret meine ich, dass Normen wie die „Drei-Embryonen-Regel“ in § 1 Abs. 1 Nr. 4 Embryonenschutzgesetz (EschG) und die Übertragungspflicht aller erzeugten Embryonen in § 1 Abs. 1 Nr. 5 veraltet sind und unverhältnismäßig die Gesundheit der Mutter gefährden und die Fortpflanzungsfreiheit einschränken. Dasselbe gilt m.E. für das Verbot der Eizellspende

und der „Embryonen-Adoption". Bei der Leihmutterschaft scheinen mir allerdings der Schutz der Spenderin und die Verhinderung von Missbrauch gewichtige Argumente zu sein. In jedem Fall ist die Frage zu bejahen, dass der Gesetzgeber zum Schutz der Grundrechte aller Beteiligten tätig werden sollte. Vielen Dank.

Steffen Augsberg: Ich kann direkt anschließen an das, was der Kollege *Huster* gesagt hat und vielleicht noch einmal den Blick darauf lenken, dass dieses „Es-muss-einmal-Ruhe-sein"-Argument ja im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs besondere Brisanz besitzt. Da gibt es die von *Gernot Sydow* angesprochene und eingeforderte Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht, geschehen ist nichts. Wenn man das Huster'sche Argument an dieser Stelle in Ansatz bringt, dann ist das vielleicht auch ganz gut so im Sinne des gesellschaftlichen Friedens. Ob es im Sinne des ungeborenen Lebens gut ist, ist dann eine andere Frage.

Mein eigentlicher Punkt ist ein zweiter: Es gibt bei diesen beiden Referaten eine interessante Verbindungslinie dahingehend, dass *Gernot Sydow* wunderbar herausgearbeitet hat, dass es rechtskulturelle Unterschiede gibt zwischen drei großen westeuropäischen Nationen. Dann hatte man zunächst den Eindruck, dass *Angelika Siehrs* Referat gewissermaßen diese Tendenz des deutschen Rechts, sich auf das Verfassungsrecht zu konzentrieren, bestätigt. Das hat sie dann geschickt unterlaufen, indem sie am Ende doch sagte, das sei eine politisch zu entscheidende Frage, weil die verfassungsrechtliche Determinationskraft doch nicht so weit reiche wie das bisweilen behauptet wird. Das finde ich zunächst einmal eine interessante Verknüpfung dieser beiden Referate, und in gewisser Weise ist das auch ein spannender Punkt für uns, weil es natürlich die Frage aufwirft, ob tatsächlich die idealtypische Skizze dieser drei Nationen ganz zutrifft. Da setzt meine Nachfrage an. Grundsätzlich leuchtet ein, dass das Politische in Großbritannien bedeutsamer ist als das Juristische, z.B. geht die Klage oder die Beschwerde des Bürgers eher an den Parlamentarier und nicht so sehr an das Verwaltungsgericht. Aber auch wenn man das als grundlegenden Unterschied zwischen Deutschland und Großbritannien ansieht, hege ich doch leichte Zweifel, ob ausgerechnet die Biomedizin dafür das beste Beispiel bietet oder ob man nicht umgekehrt sagen könnte, in Deutschland steht insoweit nicht nur die Grundgesetzorientierung im Vordergrund, sondern es gibt jedenfalls in der Vergangenheit mit Händen zu greifende Beispiele dafür, dass es eine Verfassungsvermeidungsstrategie gibt. Das würde ich gerne festmachen an zwei Beispielen: Das eine ist das bereits mehrfach angesprochene Embryonenschutzgesetz. Dieses basiert auf der Vorstellung, dass man gerade keine umfassende, verbindliche Festlegung zum Status des intra- oder extrakorporalen Embryos vornehmen wollte. Da wird

gewissermaßen kompromisshaft eine ausgesprochen starke, aber einfachgesetzliche Schutzkomponente eingeführt, die dazu führt, dass die dahinterstehende verfassungsrechtliche Frage letztlich ausgeblendet bleiben kann. Diejenigen, die einen starken Schutz haben wollen auf verfassungsrechtlicher Ebene, können im Prinzip zufrieden sein, und alle anderen sagen, es ist ja zumindest nicht verfassungsrechtlich gefordert. Das ist eher eine Politisierung einer verfassungsrechtlichen Frage, die dadurch unbeantwortet bleiben kann, meine ich. Und vielleicht noch deutlicher oder jedenfalls vergleichbar deutlich zeigt sich das an der Debatte um die Präimplantationsdiagnostik. Erneut geht es darum, dass nicht genau entschieden wird, sind diese Fragen verfassungsrechtlich zulässig und in welchen Grenzen, also unter anderem auch in welchen Konstellationen. Mit welchen Erbkrankheiten darf man das eigentlich machen? Stattdessen wird das Problem vom Gesetzgeber auf die Verordnungsebene verlagert. Der Punkt ließe sich vielleicht noch ein bisschen erweitern. So kann man die PID-Debatte im Rahmen der aktuellen Genom-Editierungsfragen als eine Art Normalisierungsstrategie erleben. Auch das ist ein Beispiel dafür, dass die Zuspitzung, zu sagen, am Ende entscheiden es die Deutschen über das Grundgesetz, über die Verfassung, vielleicht im Bereich der Biomedizin doch an bestimmten Stellen nicht zutrifft. Vielen Dank.

Ute Sacksofsky: Vielen Dank. Wir kommen damit zum Internationalen Recht und Rechtsvergleich.

Rudolf Streinz: Vielen Dank für die beiden Vorträge, die für mich natürlich allgemein interessant waren und insbesondere auch deshalb, weil ich im Rahmen eines Fachmentorats mit einer zivilrechtlichen Habilitationsschrift zum Thema „Theorie eines Elternschaftsrechts“ von *Philipp Reuß*, die eben bei Duncker & Humblot erschienen ist, beteiligt war. Und zwar dort eben wegen dieser verfassungsrechtlichen, völkerrechtlichen und europarechtlichen Bezüge und Implikationen, die damit verbunden sind und die von Herrn *Sydow* in These 3 und von Frau *Siehr* in der These 2 angesprochen wurden. Hier mit der Eltern-Kind-Zuordnung bei Mehrelternschaft und dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, Unterhaltsansprüchen und weiteren Problemen und insbesondere auch mit der doch dramatischen Schilderung des Falles der fehlenden Akzeptanz eines von einer Leihmutter im Ausland geborenen Kindes, weil dieses behindert war. Das wirft eine Reihe von Fragen auf. In These 3 stellt Herr *Sydow* natürlich zutreffend fest, dass das Recht der Reproduktionsmedizin kaum durch internationale Regelungen und europarechtliche Vorgaben geprägt ist. Warum ist dies so? Weil hier innerhalb der Mitgliedsstaaten des Europarats und auch innerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union kein

Konsens besteht. Das ist aus meiner Sicht ein deutliches Beispiel für die Grenzen einer Wertegemeinschaft. Dass die Gesetzeslage angesichts der wissenschaftlichen Entwicklung seit 1990 Reformbedarf aufweist, sehe ich auch so. Auch angesichts mancher Ungereimtheiten. Vorhin ist PID angesprochen worden. Wenn man PID, PND und dann § 218 vergleicht, passt das irgendwie nicht zusammen. Und bei alledem muss man auch Nebenfolgen sehen, wenn man zum Beispiel PID betrachtet. Die Frage, die dann manchmal leider gestellt wird: Hätte man nicht die Behinderung eines Kindes verhindern können? Also die Nebenfolgen, die man hier auch mitberücksichtigen soll. Selbst wenn ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf eine Fortentwicklung des Rechts hier nicht besteht, sollte man doch überlegen, ob das Recht von 1990 nicht doch der Reform bedarf und in welche Richtung es gehen soll. Das Problem ist, dass unterschiedliche Vorstellungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und im Europarat bestehen und angesichts dessen die europäischen Gerichte, der Europäische Gerichtshof in Luxemburg und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, den Mitgliedsstaaten insofern relativ große Gestaltungsspielräume lassen. Wobei die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch etwas schwankend ist, auch mit entsprechenden Folgen. Meine Frage: Soll man, und wenn ja inwieweit, die eigene Rechtsordnung mit den eigenen Wertvorstellungen auch in den Fällen durchsetzen, in denen im Inland verbotene, im Ausland aber mögliche Formen der Fortpflanzungsmedizin genutzt wurden, und wie geht man dann mit den Folgen um? Ein Argument, das sicher richtig ist, ist das Wohl des Kindes. Aber die Frage ist: Kann man die eigene Rechtsordnung, wenn man viele Ausnahmen zulassen muss, aufrechterhalten? Und die andere Frage, und das hat Herr *Hufen* auch angesprochen: Wie steht es mit der Stellung der Leihmütter in solchen Fällen? Vielen Dank.

Franz Mayer: Auch von meiner Seite zunächst vielen Dank für diese beiden Vorträge, die – wie ich meine – doch belegen, dass wir auch am Freitagnachmittag noch Themen von größter Wichtigkeit verhandeln. Ich will zum Rechtsvergleich etwas nachfragen. Das richtet sich zunächst an Herrn *Sydow*, und zwar als Frage zum französischen Beispiel. Da ging es ja bei Ihnen zentral um diesen Bericht des Conseil d'État, der wohl von der Section du rapport et des études stammt. Das ist eine Art interner Thinktank. Ich war selbst eine Zeit lang als *Stagiaire* dort und ich meine mich erinnern zu können, dass diese Section intern weniger Gewicht hat als die Section du contentieux, der Sache nach das oberste Verwaltungsgericht. Sie hat auch nicht die gleiche Bedeutung wie die Sections consultatives, die die Regierung bei der eigentlichen Normsetzung eng beraten. Es könnte vielleicht sein, dass das im Vergleich der Sections geringere Gewicht der

Section du rapport et des études dadurch kompensiert wird, dass man besonders voluminöse Berichte verfasst. Wie dem auch sei: Sie hatten ja Sympathien sowohl für Ergebnis wie Methode. Zu dieser Methode eines regierungsinternen Thinktanks würde mich interessieren, wie Sie diese im Vergleich bewerten. Wir würden hierzulande doch eher eine Enquete-Kommission einsetzen. Meine Frage ist also, ob Ihnen bei der intensiveren Befassung mit diesem Rapport dieser Vergleich auch in den Sinn kam und Sie dazu den Mehrwert des französischen Ansatzes noch einmal begründen könnten?

Daneben habe ich eine kurze Nachfrage an Dich, *Angelika*, sie betrifft die rechtsvergleichende Sicht auf das Menschenwürdethema, wobei die Menschenwürde nachfolgend noch gesondert Gegenstand der Diskussion sein soll. Stimmt es, dass unsere deutsche Menschenwürdekonzeption sich im Rechtsvergleich doch als singulär darstellt? Das war zwar nicht Dein Thema, aber vielleicht kannst Du zu der vergleichenden Sicht trotzdem etwas ausführen. Wenn es so wäre, dass sich unsere deutsche Menschenwürdekonzeption im Rechtsvergleich als singulär darstellte – wäre das nicht ein Problem? Es geht vorliegend doch offenkundig um ein Thema, das Grenzen überschreitet. Konkret: Paare, die einen Kinderwunsch haben, werden sich nicht von unterschiedlichen dogmatischen Konstruktionen der Menschenwürde aufhalten lassen und dann eben im Zweifel nach Spanien reisen oder nach Großbritannien. Dazu also die Nachfrage zu der rechtsvergleichenden Perspektive im Hinblick auf die Menschenwürdekonzeption. Vielen Dank!

Ute Sacksofsky: Vielen Dank! Jetzt *Claus Dieter Classen*, der zum einen das Internationale beschließt und zum anderen den Block der Menschenwürde beginnt.

Claus Dieter Classen: Zunächst vielen Dank für alle instruktiven Überlegungen, gerade auch für den Rechtsvergleich. Im Grundsatz bin ich insoweit mit allem einverstanden, insbesondere was Frankreich anbetrifft. Natürlich ist der politische und verfassungsrechtliche Diskurs dort deutlich anders akzentuiert. Zur Menschenwürde, nur weil da gerade *Franz Mayer* nachgefragt hat, der Hinweis: In manchen Punkten wird dort gerade auch die Menschenwürde verfassungsrechtlich sehr stark fruchtbar gemacht. Das Zwergenwerfen wird als unzulässig angesehen, während eine vergleichbare Argumentation im Kontext der Prostitution, siehe die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in Deutschland als problematisch angesehen wird. Trotzdem sei kritisch angemerkt: Erstens ist das dargestellte aufwendige Gesetzgebungsverfahren, das dort betrieben wurde, so glaube ich, relativ singulär. Normalerweise ist französische Gesetzgebung

im Gegenteil wesentlich weniger partizipativ angelegt als in Deutschland. Zweitens: Zu These 12 von Herrn *Sydow*, zum Laizismus: Aus vier Vertretern der Ethikkommission abzuleiten, dass man den Laizismus etwas kirchenfreundlicher versteht, erscheint mir zweifelhaft; ich wäre da ein bisschen vorsichtiger. Und drittens zu England nur ganz kurz die Bemerkung zu These 18: Ich habe das Gefühl, diese These trägt dem englischen Recht insofern nicht ganz Rechnung, weil es offenbar aus englischer Perspektive gar nicht um eine ethische Grundsatzfrage geht. Dann passt die These natürlich nicht oder ist jedenfalls missverständlich formuliert.

Der Rechtsvergleich war aber nicht nur deswegen wichtig, um ein anderes Rechts- und Verfassungsverständnis vorzuführen, sondern auch, *Franz Mayer* hat das schon angesprochen, weil es hier um einen Lebensbereich geht, bei dem sich, wer mit dem deutschen Recht unzufrieden ist, vergleichsweise leicht auch der Dienstleistungen im Ausland bedienen kann. Allein damit verbinden sich ja schon verschiedene Rechtsfragen, die auch vom EGMR verhandelt wurden. Es besteht dann ein dringender Regelungsbedarf, um etwa zu vermeiden, dass aus deutschen Restriktionen abgeleitet wird, man müsste diese auch international durchsetzen, hart formuliert, bestimmte Kinder durch staatliches Recht zu Waisen zu deklarieren, weil einfach die statusrechtlichen Regelungen nicht vernünftig zusammen passen.

Zur Menschenwürde, ich habe zum Glück noch ein bisschen Zeit, ganz kurz: Ich habe viel Sympathie dafür, bei der Menschenwürde mit Vorsicht zu argumentieren, Frau *Siehr*. Ich habe trotzdem Probleme mit dem Konsensargument. Die Menschenwürde steht nicht im Grundgesetz, um einen Konsens abzusichern. Dann könnte man es auch bleiben lassen. Auch war ich überrascht, weil Sie am Anfang sehr vorsichtig waren und dann bei den Gegenargumenten, sozusagen These 9 ff., gesagt haben, dass, wenn wir die Menschenwürde so weit verstehen, sich damit dann alle möglichen Konsequenzen verbinden. An dieser Stelle scheint mir zu viel in die Menschenwürde hineingepackt zu sein. Wir sind hier letztlich nicht im Bereich der Achtungspflicht, sondern der Schutzpflicht, wo dem Staat aus meiner Sicht auch im Bereich der Menschenwürde wesentlich mehr Spielräume zukommen als von Ihnen angenommen.

Letzte Bemerkung: Die Fokussierung auf den Rechtsstatus des Embryos scheint mir in manchen Punkten ebenfalls diskussionsbedürftig. Wenn es etwa um die Frage der Leihmutterschaft geht, stellen sich ganz andere Fragen. Daher muss man da wohl doch breiter diskutieren. Vielen Dank!

Christian Hillgruber: Frau *Siehr*, Sie haben in Ihrem Referat in These 6a den Schutz des autonomen Subjekts zum Kern der Menschenwürdegarantie erklärt. Es ist nun in der Tat unübersehbar, dass die Gleichsetzung von

Menschenwürde und Autonomie den Verfassungsdiskurs jedenfalls gegenwärtig dominiert. Diese Sichtweise erscheint wohl auch vielen schon deshalb plausibel, weil wir eben vom Selbstbestimmungsparadigma bestimmt sind und daher dies dem modernen Menschen angemessene Würderverständnis zu sein scheint. Aber was mehrheitlich, vielleicht sogar überwiegend, vertreten wird, was vielleicht auch prima facie eine gewisse Plausibilität hat, muss nicht richtig sein. Ich will aus meiner Sicht gleich mehrere Einwände gegen diese Sichtweise formulieren. Erstens: Die freie, selbstbestimmt tätige Persönlichkeitsentfaltung ist unter dem Grundgesetz geschützt. Sie ist auch um der Menschenwürde willen geschützt, aber sie ist nicht Thema des ersten, sondern vorbehaltlich besonderer, Selbstbestimmung verbürgender Freiheitsgarantien, Thema des zweiten Artikels des Grundgesetzes und zwar dessen Absatz 1, also des allgemeinen Freiheitsrechts. Art. 1 Abs. 1 wiederholt nicht einfach dieses Schutzversprechen, geschweige denn, dass diese Vorschrift die Absicht hätte, Autonomiegewähr zu verabsolutieren, indem sie die individuelle Selbstbestimmung für unantastbar, also uneinschränkbar, erklärt.

Wichtiger aber ist mir noch ein zweiter Einwand: Wer Selbstbestimmungsfähigkeit, wer Autonomie als den entscheidenden Faktor betrachtet, der Menschenwürde konstituiert, der kann nicht widerspruchsfrei Menschen als würdebegabt erfassen, die über diese Eigenschaft nicht, noch nicht oder nicht mehr verfügen, verfolgt also, ob gewollt oder ungewollt, mit innerer Logik ein Konzept, das exkludiert. Und genau dies geschieht ja auch in Ihrer Argumentation, Frau *Siehr*, mit dem extrakorporalen Embryo. Auch wenn Sie diese Rechtsfolge dadurch abmildern wollen, dass Sie eine – allerdings doch recht vage bleibende – objektiv-rechtliche Vorwirkung der Menschenwürdegarantie zugunsten dieses Embryos anerkennen. Eine Sichtweise, der zufolge Würde nicht allen Menschen zugesprochen werden kann, sondern in ihrer Anwendbarkeit auf selbstbestimmungsfähige Personen beschränkt bleibt, widerspricht aber nach meiner festen Überzeugung dem Schutzzweck der Vorschrift des Art. 1 Abs. 1. Jene Vorschrift wollte als Reaktion auf die Erfahrungen der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft gerade einen rechtlichen Schutz dagegen bieten, dass einzelne Menschen oder Gruppen von Menschen noch einmal aus der Rechtsgemeinschaft herausdefiniert werden. Die Würde des Menschen, von der Art. 1 Abs. 1 spricht, ist die Würde ausnahmslos jeden Menschen als Gattungswesen. So hat es auch unmissverständlich das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen. Oder, um es mit *Wolfram Höfling* zu sagen: Es gibt unter dem Grundgesetz keine Menschen, die defizitäre Unpersonen – oder vielleicht bei Ihnen, Frau *Siehr*, dann defizitäre Halbpersonen – wären. Wenn das aber so ist, dann kann die allen Menschen eigene, gleiche Würde unmöglich jene Freiheits- und Selbstbestimmungsfähigkeit meinen, die

einigen offensichtlich fehlt. Die Würde des Menschseins liegt daher meines Erachtens, um eine Formulierung des Verfassungsgerichts aus dem zweiten Schwangerschaftsabbruchsurteil aufzugreifen, „auch für das ungeborene menschliche Leben im Dasein um seiner selbst willen". Dieses „auch" in diesem Satz ist bisher nicht hinreichend beachtet worden. Es bedeutet nicht weniger, als dass das Bundesverfassungsgericht die zu achtende und schützende Würde des Menschen allgemein im Dasein um seiner selbst willen erblickt. Und deshalb stimme ich *Ernst Benda* zu, der einmal festgestellt hat, es sei doch wohl weniger die dem Menschen eigene Fähigkeit zu eigenverantwortlicher, sittlicher Entscheidung, als vielmehr gerade seine Unvollkommenheit und Unzulänglichkeit und eine daraus folgende Verletzlichkeit, die Art. 1 Abs. 1 mit seinem Schutzversprechen beantworten will. Und deshalb fordert, damit komme ich zum Schluss, Art. 1 Abs. 1 GG nicht Autonomie, sondern Integritäts- und Identitätsschutz, auch für den extrakorporalen Embryo. Sein fundamentaler verfassungsrechtlicher Status schließt den Erlass eines umfassenden Fortpflanzungsmedizingesetzes keineswegs aus, verbietet es aber, dabei über ihn durch demokratische Mehrheitsentscheidung schlicht und einfach zu verfügen. Vielen Dank!

Franz Reimer: In meinen Augen waren die beiden Referate großartig in ihrer Komplementarität und überzeugend in einer zentralen Gemeinsamkeit, nämlich dem Plädoyer für eine Dekonstitutionalisierung und Reparlamentarisierung. Meine Rückfrage ist demgegenüber eher punktueller Natur, sie betrifft den eben von Herrn *Hillgruber* zitierten Satz. Ich mag sie vielleicht so formulieren: Welcher Autonomiebegriff liegt der These vom Kern des Menschenwürdesatzes als Schutz des autonomen Subjekts zugrunde? Mir wäre es nicht intuitiv einleuchtend, hier einen gehaltvollen Autonomiebegriff am Werk zu sehen. Ein Subjekt mit Selbstgesetzgebung braucht, pointiert gesagt, diesen Schutz nicht. Anders gesagt, der Schutz wird immer dringender, je weniger autonom in diesem Sinne das Subjekt ist. Daher lautet meine Rückfrage: Welcher Autonomiebegriff liegt hier zugrunde? Vielen Dank!

Josef Isensee: Ich bringe keine neuen Argumente, aber ich bin der Meinung, dass, wenn diese Diskussion vor 50 Jahren in der Staatsrechtslehrervereinigung stattgefunden hätte, es wären dieselben Argumente gekommen. Wenn ich von ein paar jüngsten technischen, medizintechnischen Entwicklungen absehe, so kehrt hier ein uraltes Thema wieder auf die Tagesordnung zurück. Es besteht eine gewisse Sympathie für das britische Demokratiemodell, aber Frau *Siehr* führt doch selektiv die deutsche Neigung zum Konstitutionalisieren wieder ein. Und hier nur ein paar Argumente: Ein Einwand gegen eine demokratische Lösung des Embryonenschutzes, die

es derzeit gibt, besteht seit jeher darin, dass verschiedene Rechtsordnungen verschiedene Lösungen anbieten. Das ist überhaupt kein Argument gegen das geltende deutsche Recht, denn jedes Land ist souverän, seine Rechtsordnung zu gestalten, und auch darin souverän, ob sie Sanktionen trifft, wenn ein Staatsangehöriger sich ins Ausland begibt, um das dort geltende, seinen Interessen günstigere Recht auszunutzen. Der Umstand, dass ausländische Rechtsordnungen andere Lösungen bieten, ist kein Einwand gegen die eigene Rechtsordnung. Andernfalls stellte er die ganze völkerrechtliche Ordnung praktisch in Frage, mit ihm das Pluriversum der Staaten. Das Argument können wir, glaube ich, dem Papierkorb der Rechtsdogmatik überantworten.

Zum Thema Menschenwürde: Ich bin erstaunt, wie man zögert, die Menschenwürde dem ungeborenen Menschen zuzusprechen, aber auf der anderen Seite aus dem Zylinderhut der Menschenwürde, wie das heute üblich ist, herausholt ein Recht der Frau auf Geburt, jedenfalls auf Empfängnis eines Kindes, oder auf pränatale Beseitigung genetischer Defizite. Das ist meines Erachtens eine völlige Überforderung. Die Menschenwürde ist die höchste Norm der staatlichen Rechtsordnung und der Grund aller Grundrechte. Aber die konkreten Berechtigungen kommen aus den in der Sprache des Art. 1 Abs. 3 GG nachfolgenden Grundrechten. Rechte dieser Art mögen aus der allgemeinen Handlungsfreiheit abgeleitet werden. Diese ist in einem hohen Maße einschränkungsfähig. Dass im Übrigen Zurückhaltung bei der Berufung auf die Menschenwürde angezeigt ist, ergibt sich schon daraus, dass sie als unabwägbar und unbeschränkbar gilt. Das Unabwägbare und Unbeschränkbare kann nicht unmittelbar Konflikte lösen, wenn beide Seiten sich auf die Menschenwürde berufen. Lösbar ist der Konflikt nur auf der Ebene der nachfolgenden Grundrechte. Die Menschenwürde ist die Idee, die aller Lösung vorausgeht – noch einmal: der Grund der Grundrechte. Als weiteres stellt sich die Frage, ob der gesellschaftliche Konsens in einer sozialethischen Frage für die Auslegung der Menschenwürde erheblich ist und ob ein Wandel des Konsenses auch den Wandel der Auslegung nach sich zieht. Der Satz am Anfang des Grundgesetzes ist präskriptiv. Er will das staatliche Leben leiten, und er erwartet, dass sich die Gesellschaft in seinem Sinne einigt. Aber er ist nicht deskriptiv darin, dass er seinerseits all das abbildet, über das sich die Gesellschaft in der jeweiligen Frage einig ist. Was nicht inhaltlich von Verfassungs wegen vorgegeben ist, unterliegt der demokratischen Entscheidung.

Kurz zum Thema Autonomie: Autonomie gründet in der Würde des Menschen. Aber die Würde liegt der Autonomie voraus. Die Würde kann dem menschlichen Embryo nicht deshalb vorenthalten werden, weil er noch nicht zur Selbstbestimmung fähig ist. Warum sollen Menschenwürde wie auch Lebensschutz erst mit dem Abschluss der Geburt, analog zur

Rechtsfähigkeit des BGB, einsetzen? Die Autonomie bildet kein Kriterium. Denn der Säugling besitzt keine Autonomie. Auch nicht der Demente. Auch nicht der Embryo. Es ist nicht zufällig, dass jener Philosoph, auf den, allen philosophischen und sonstigen Neutralitätsbekundungen zum Trotz, sich heute gern jeder beruft, *Kant*, sich weigert, den Embryo als ein Gemächsel der Eltern zu behandeln, also mithin als ein den Eltern verfügbares Produkt ihrer Willkür. Diese Erkenntnis, so meine ich, könnte einiges helfen in dieser heiklen Debatte.

Ute Sacksofsky: Ich darf noch einmal daran erinnern: Zwischenrufe sind zulässig.

Jochen Frowein: Nachdem Sie das ja auch heute nochmal wiederholt haben, mache ich gerne einen kurzen Zwischenruf und weise darauf hin, dass Frau *Siehr* – meines Erachtens sehr mit Recht – in den Thesen 11 und 12 nicht von einer unmittelbaren Anwendung der Menschenwürdegarantie für den extrakorporalen Embryo ausgeht, sondern von einer Vorwirkung und dann in Leitsatz 12 von einem Respekt- und Achtungsgebot. Ich würde gerne nach diesem nochmal fragen, denn da heißt es: Das umfasst auch das potentielle Lebensinteresse des extrakorporalen Embryos. Ich meine mich zu erinnern, dass es Entscheidungen nationaler und internationaler Gerichte gibt, die schwerlich mit dieser These vereinbar sind.

Ute Sacksofsky: Jetzt gibt es noch einen Zwischenruf.

Heiko Sauer: Ich versuche mich kurz zu fassen. Ich möchte eine Bemerkung zu Herrn *Isensee* machen und zwar zu dem, was ich vielleicht „Rechtswahl" nenne. Es ist natürlich völkerrechtlich richtig, dass die Bundesrepublik Deutschland das Recht hat, ihre abweichende Rechtsvorstellung gegenüber anderen Rechtsordnungen durchzusetzen. Das Problem, das wir damit haben, verschwindet dadurch aber nicht und ich glaube, dass die Beweglichkeit über Grenzen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin qualitativ und quantitativ ein sehr erhebliches Problem ist; und ich glaube, dass die deutsche Rechtsordnung sich zu diesem Problem auf eine differenziertere Weise verhalten kann als einfach auf ihren Standard zu beharren. Danke!

Martin Nettesheim: Herr *Isensee* sagte, die Diskussion wäre vor 50 Jahren identisch geführt worden. Ich habe, lieber Herr *Isensee*, Zweifel. Es fällt doch auf, dass sowohl die beiden Vortragenden, vor allem Frau *Siehr*, als auch dann die sich in der nachfolgenden Diskussion beteiligenden Kolleginnen und Kollegen nicht den Versuch unternommen haben, Art. 1 irgend-

wie noch als eine Scharniernorm zu begreifen, die die grundgesetzliche Ordnung und ihren Menschenwürde-Kern, dieses Letzte, was daran vorgegeben ist, in eine überpositive Ordnung zu verankern versucht haben. Und umgekehrt wurde auch nicht versucht, aus einer über diese Verankerungs- und Scharniernorm erschlossenen vorpositiven Ordnung wiederum Rückschluss auf unser heutiges Thema zu ziehen. Wir sind also sozusagen in eine vollkommen positivistische Diskussion des Art. 1 Abs. 1 GG übergegangen. Was aber bedeutet der Schutz der Menschenwürde dann noch? Herr *Hillgruber*, so sehr ich Ihnen bei bestimmten Bedenken zustimme: Was bedeutet das dann eigentlich, wenn wir etwas als „um seiner selbst willen“ behandeln müssen? Die Hoffnung, auch in der neuen Lage noch einen Höchst- und Eigenwert zu erschließen, aus dem heraus wir dann Regeln über die Behandlung des Menschen ableiten können, mag groß sein – und die Sehnsucht danach, dass wir dies erschließen können, drängend. Aber ich befürchte, wir würden wiederum nur in metaphysisch angehauchte Unklarheiten stoßen. Insofern erscheint mir der methodische Grundansatz zwingend, der die Referentin und den Referenten verbunden hat, wenn auch einmal eher implizit und das andere Mal offensiv und dogmatisch: dass Art. 1 als eine Norm zu begreifen ist, deren Funktion in der Begrenzung des politischen Prozesses liegt und die daher auch von dort her rekonstruiert werden muss. Als eine Norm also, die letztlich aus der Binnenperspektive eines demokratischen Systems heraus zu begreifen ist. Dann ist es nicht unbedingt zwingend, das klang schon an, diese zentrale Verfassungsbestimmung als Vorschrift zu begreifen, die der Positivierung eines Grundkonsenses dient. Hier droht wieder ein Rückfall in überkommene Anker- und Einheitskonzeptionen. Dafür besteht gerade kein Anlass. Es besteht meines Erachtens aber umgekehrt dann auch kein Anlass, zu glauben, dass wir Art. 1 GG eine Bedeutung zuschreiben können, die in irgendeiner Weise ethisch neutral wäre. Natürlich geht es dieser Bestimmung um die Sicherung einer Lebensform, die wir für so unverzichtbar ansehen, dass wir sie auch einer Supermajorität entziehen wollen (Art. 79 Abs. 3 GG). Diese Formulierung darf natürlich nur in, sozusagen, „distance“ zu konkreten und tatsächlich dichten ethischen Vorstellungen vom guten Leben formuliert werden. Sie dürfen nicht diskriminierend sein, sie müssen Raum für Vielfalt, individuelle Freiheit und Verwirklichung von Selbstbestimmung ermöglichen, ich könnte hier weiter ausholen. Aber die Vorstellung, dass wir Art. 1 wirklich neutral interpretieren könnten, universalistisch, so, dass die Auslegung der Bestimmung als Plan für die ganze Menschheit dienen könnte, halte ich für grundsätzlich irrig. Insofern, *Franz Mayer*, natürlich gehen wir da einen Sonderweg, aber das wäre für mich zunächst mal kein Gegenargument. Natürlich sollten wir den Blick auf das Verständnis unserer (europäischen) Nachbarn nicht verschließen; aber das führt nicht zu einem Gleichklang.

Was bedeutet das nun, liebe Kolleginnen und Kollegen, wenn Art. 1 Abs. 1 GG als eine Bestimmung verstanden wird, die aus dem politischen Prozess heraus als eine letzte Grenznorm zu verstehen ist? Es bleibt meines Erachtens nur das, was wir eben in der Diskussion beobachten konnten. Schutzgut von Art. 1 Abs. 1 GG kann in der politischen Ordnung des Grundgesetzes nur das Leben des Menschen als autonomes Subjekt sein; die selbstbestimmte Lebensführung ist dann jener Wert, den wir (gerade aufgrund der politischen Subjektivität des Menschen) als so bedeutsam ansehen, dass sie unbedingt zu schützen ist. Und zwar nicht in der Form eines vernunftsrechtlichen Subjekts à la *Kant*, das seine moralische Bestimmung in dem vernünftigen Leben findet. Es kann lediglich um eine politisch-autonome Selbstbestimmung gehen, in der sich ein gehaltvoller, eben selbstbestimmter Gebrauch der Autonomie ausdrückt. In Abgrenzung zu den speziellen Freiheits- und Gleichheitsrechten könnte es (systematisch) bei Art. 1 GG nur um die Grundlagen des Gebrauchs der Autonomie gehen – andernfalls würde das ausdifferenzierte System von Art. 19–20 GG kollabieren.

Das heute verhandelte Thema wirft damit zunächst und vor allem die Frage auf, ob wir uns Entwicklungen gegenüber gestellt sehen, die unsere Stellung als politisches Subjekt angreifen. Wenn wir sehen, dass im Rahmen der Fortpflanzungs- und der Biowissenschaften Eingriffe, Zugriffe und Formungen möglich werden, die sich einschneidend darauf auswirken, wie wir uns als einzigartige und selbstbestimmte Wesen begreifen, erscheint die Einleitung eines Selbstverständigungsprozesses drängend. Menschenwürde ist eine Zuschreibung – und wir können und müssen darauf bestehen, die darin liegende Entscheidungsfreiheit verantwortlich wahrzunehmen. Einfache Antworten sind nicht ersichtlich; und die Wertungen, vor denen wir diskutieren, sind im Fluss. Um ein Beispiel aufzunehmen: Würden wir es als Ausdruck unserer Autonomie ansehen, wenn wir bestimmte Krankheiten durch genetischen Eingriff schlicht ausrotten? Würde ein derartiger Schritt wirklich unser Selbstverständnis als politisch autonomes Subjekt beeinträchtigen? Wohl eher nicht. Jedenfalls wurde vor ein paar Monaten anlässlich der Veranstaltung des zehnjährigen Bestehens des Deutschen Ethikrats zugestanden, dass die Ausrottung von Krankheiten kein (gattungs-)ethisch verwerflicher Schritt sein kann. Wie ist es aber dann, Frau Vorsitzende, ich komme zum Schluss, wenn wir anfangen zu optimieren und dabei zugestehen müssen, wenn zwischen Krankheit und Optimierung eine doch sehr flüssige Grenzziehung liegt. Niemand komme in dieser Situation mit der Idee einer Gattungswürde – das Konzept scheint mir schon in der Grundanlage entweder rein bewahrend angelegt zu sein oder nur das normativ zu verfassen, was man subjektiv als schützenswerte Eigenschaften des Menschen ansehen will. Vielen Dank.

Joachim Lege: Vielen Dank. Zur Würde lässt sich viel sagen, und ich will den Rahmen sogar noch weiter ziehen. Das Thema lautet ja: Regelungsauftrag für die Fortpflanzungsmedizin. Mich würde interessieren, Frage an beide Referenten, wie halten Sie es mit dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung? Es hat da ja vor einiger Zeit diese Entscheidung des BGH zur anonymen Samenspende gegeben, die dazu geführt hat, dass, sagen wir es etwas überspitzt, nachträglich die Spielregeln geändert wurden und jetzt Mediziner verpflichtet wurden, Daten preiszugeben, die sie vorher geheim halten konnten. Also, wie halten Sie es mit der anonymen Samenspende? Könnte zum Beispiel der Gesetzgeber den BGH korrigieren und sie ermöglichen? Ich glaube, Art. 1 wird nicht so ganz unmittelbar eine Bremse sein, denn es ist ja „nur" das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das für das Recht auf Kenntnis der Abstammung streitet, also Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1. Aber man weiß ja nie, wie weit man mit Art. 1 kommt.

Angelika Siehr: Liebe Kolleginnen und Kollegen, es war sicherlich nicht zu erwarten, dass wir bei dieser Diskussion, die bislang so kontrovers verlaufen ist, jetzt zu einem Konsens kommen würden. Das habe ich auch nicht erwartet, zumal ich mich genau an den Punkt begeben habe, an dem diese ganze Diskussion sich zuspitzt, aber nach meiner Beobachtung eben auch die Gesetzgebung blockiert. Wir haben am Mittwoch beim Abendempfang ja gehört, dass es zu den satzungsmäßigen Aufgaben der Vereinigung gehört, Gesetzgebungsvorhaben zu klären. Ich finde den Begriff der „Klärung" nicht ganz realistisch. Wie man auch hier gesehen hat, gibt es eine große Meinungsvielfalt und die gehört auch zu einer Aussprache in der Staatsrechtslehrervereinigung. Aber vielleicht haben wir trotzdem in dem Sinne etwas erreicht, dass das Gesetzgebungsvorhaben nun auf den Weg gebracht wird.

Allerdings warf ein Beitrag unter Verweis auf das Abtreibungsrecht auch die Frage auf, ob die Fortpflanzungsmedizin überhaupt reguliert werden müsse. An diesem Punkt würde ich eine Differenzierung vornehmen: In der Tat handelt es sich sowohl bei der Fortpflanzungsmedizin als auch bei der Abtreibungsfrage um einen typischen Wertekonflikt. Es gibt aber einen gravierenden Unterschied: Bei der Abtreibungsfrage haben wir nicht gleichzeitig die Konstellation eines rasanten medizinischen Fortschritts, der dazu führt, dass das Recht hoffnungslos veraltet ist. In einer solchen Situation kann man sich fragen, ob man diese Wertekonflikte, die man jetzt auch nicht besser regeln kann, nicht lieber ruhen lassen sollte. Eine Neuregelung des Abtreibungsrechts würde ich also ganz anders beurteilen als die Frage der Regulierung der Fortpflanzungsmedizin. Die Fortpflanzungsmedizin ist aus meiner Sicht wirklich dringend regelungsbedürftig, zumal es tatsächlich so ist, dass mit der gegenwärtigen Rechtslage vermeidbare

Risiken für Mutter und Kind verbunden sind und uns – wie es *Jens Kersten* im Begleitaufsatz zu diesem Tagungsthema ausdrückt – durch neuere Entwicklungen, die sich auf diesem Feld vollzogen haben, auch schlicht der Rechtsbegriff des „Embryos" abhandengekommen ist. Ich hatte die Gründe genannt: So ist der Begriff der Totipotenz beispielsweise heute kein vernünftiges Abgrenzungskriterium mehr. Daher meine ich, dass diese Dinge tatsächlich dringend neu geregelt werden müssen. Vielleicht können wir dazu einen Beitrag leisten.

Ich werde mich im Folgenden auf zwei Fragenkomplexe konzentrieren, nehme aber natürlich auch darüber hinaus viele Denkanstöße für mich mit. Der erste Fragenkomplex kreist um meine These, dass man die Menschenwürdenorm „sparsamer" auslegen sollte. Ich habe sie im Wesentlichen damit begründet, dass es sich bei der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG um unsere Staatsfundamentalnorm handelt. Das heißt, wir gründen unser Gemeinwesen auf diese Norm. Hier bin ich nach wie vor der Meinung, dass wir einen Grundkonsens über ihren rechtlichen Gehalt brauchen, der allerdings schmaler ausfällt, als manche meinen. Die Notwendigkeit eines Grundkonsenses heißt aber nicht, dass sich über diese Norm keine Grenzen ergeben. Das Gegenteil ist richtig: Erst auf dieser Basis kann der absolute Schutz aus der Menschenwürdenorm greifen. Ich hatte stichwortartig die Fallgruppen erwähnt, in denen wir in Anwendung der Objektformel eine Menschenwürdeverletzung bejahen. Aber wovor ich die Menschenwürdenorm gern bewahren würde, ist ihre partikulare Vereinnahmung. *Gernot Sydow* hatte ja deutlich gemacht, dass wir in Deutschland, gerade auch im Vergleich zu Frankreich, sehr stark von der Verfassung her argumentieren und dass dies zu eher statischem Gesetzesrecht führt. Aber wenn die Argumentation sich bei uns auch noch ganz auf Art. 1 Abs. 1 konzentriert, dann haben wir über Art. 79 Abs. 3 nicht nur statisches Recht, sondern sogar eine Petrifizierung und das ist problematisch. Dies war der erste Punkt.

Der zweite Punkt bezieht sich auf die Frage, welche Konsequenzen das für die Fortpflanzungsmedizin und speziell für den Rechtsstatus des Embryos hat. Mein eigenes Konzept folgt insoweit aus einer Frage, die bislang vielleicht so deutlich noch nicht gestellt wurde: Es geht um die Frage, ob Art. 1 Abs. 1 GG den extrakorporalen Embryo eigentlich in genau der gleichen Weise schützen kann wie den geborenen Menschen. Diese Frage habe ich verneint. Rechtsnormen greifen ja immer auch auf die Lebenswirklichkeit zu. Es ist grundsätzlich so, dass die Grundrechtsfähigkeit mit der Geburt beginnt. Grundsätzlich. Wir kennen gewisse Vor- und Nachwirkungen des Grundrechtsschutzes, die das Bundesverfassungsgericht anerkannt hat. Der Umstand, dass die Grundrechtsfähigkeit im Grundsatz mit der Geburt beginnt, indiziert aber, dass es eventuell *vor* diesem Zeitpunkt Dif-

ferenzierungen geben könnte. *Nach* diesem Zeitpunkt kann es ganz gewiss keine Differenzierung geben! Da bin ich ganz bei den Redebeiträgen, die in diese Richtung gingen: Selbstverständlich gilt die Menschenwürde für *alle* Menschen in gleicher Weise, denn der Gedanke der rechtlichen Gleichheit aller Menschen ist der Menschenwürde inhärent. Und das bedeutet, dass wir zwar von „dem Menschen“ – im Singular – als vernunftbegabtem Subjekt ausgehen, dass wir aber nicht im Einzelfall verlangen, dass der jeweilige Mensch im Vollbesitz seiner kognitiven Fähigkeiten ist. Denn wenn man sich die Menschenwürdenorm im historischen Kontext ihrer Entstehung ansieht, so wollten wir in Reaktion auf die Gräueltaten des Dritten Reichs Verbrechen wie die Vernichtung sog. „lebensunwerten Lebens“ doch für die Zukunft unmöglich machen. Es sind gerade die Schwächsten, die auf den Würdeschutz in besonderer Weise angewiesen sind. Und selbstverständlich wollen wir diese Menschen nicht exkludieren, sondern über die Menschenwürdenorm schützen; nur so kann man diese Norm verstehen.

Das bedeutet aber nicht, dass man nicht differenzieren könnte, wenn es um das vorgeburtliche Leben geht. Die mit der Menschenwürdegarantie verbundene Vorstellung ist eben, dass wir das autonome Subjekt, die Subjektstellung des Menschen schützen. Wenn wir uns fragen, ob wir in der Petrischale ein solches autonomes Subjekt sehen, so müssen wir dies verneinen. Die Situation erinnert an das Märchen von des Kaisers neuen Kleidern: Man möchte etwas sehen, aber man sieht es nicht. Man sieht in der Petrischale stattdessen im Vier-Zell-Stadium vier Bälle, im Acht-Zell-Stadium acht. Das ist nicht das, was wir uns unter dem „autonomen Subjekt“ vorstellen.

Aber das bedeutet ja nicht, dass dieses menschliche Leben deshalb schutzlos wäre. Es war gerade mein Anliegen, zwischen den beiden Extrempositionen, die bislang vertreten worden sind, eine Brücke zu schlagen: Nach der einen Ansicht hat der Embryo vollen Menschenwürdeschutz und es gilt die Objektformel. Dann können wir aber die ganze Fortpflanzungsmedizingesetzgebung vergessen bzw. müssten die Fortpflanzungsmedizin einstellen, denn der Embryo ist hier permanent Objekt. Wir müssten die Spirale genauso verbieten wie die „Pille danach“. Abtreibungen dürfte es unter gar keinen Voraussetzungen geben, noch nicht einmal dann, wenn im Einzelfall das Leben der Mutter bedroht sein sollte, da auch eine Abwägung von Leben gegen Leben noch problematisch wäre. Wenn man nicht davon ausgeht, dass wir uns ständig menschenwürdewidrig verhalten, muss man sich vielleicht überlegen, ob es noch eine andere Sichtweise gibt.

Ausgangspunkt aller Überlegungen war für mich die Frage, wie man einen Schutz erreichen kann, der die schlichte Instrumentalisierung des werdenden Lebens verhindert, der aber nicht von der Fiktion ausgeht, dass wir es dort schon mit einem autonomen Subjekt zu tun haben,

sodass auch die Objektformel greifen muss. Mein eigener Lösungsansatz ist das Respekt- und Achtungsgebot aus Art. 1 Abs. 1 GG. Dabei handelt es sich um ein Prinzip, das der Gesetzgeber im Blick auf einzelne Fragestellungen näher konkretisieren und mit den Grundrechten Anderer in Ausgleich bringen muss. Zu diesen Grundrechten zählt aber nicht das Recht der Mutter auf Empfängnis; ein solches Recht wird auch nicht diskutiert. Diskutiert wird die Fortpflanzungsfreiheit der Eltern, die aus unterschiedlichen Grundrechtsartikeln abgeleitet wird. Die einen leiten es aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ab, also aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1. Andere sehen es in einer Verbindung mit dem Recht, eine Familie zu gründen, bemühen also auch Art. 6. Andere Grundrechte, wie die Forschungsfreiheit, sind gleichfalls einzubeziehen. Auch das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung ist bei einer gesetzlichen Regulierung der Fortpflanzungsmedizin zu berücksichtigen. Was mir aber wichtig ist: Neben diesen Fragen, bei denen der Gesetzgeber Gestaltungsspielräume hat, habe ich auch Fallgruppen im Sinn, die ebenfalls letzte Grenzen bilden. Genannt hatte ich das Beispiel eines Eugenik-Gesetzes. Es sind nur wenige Fallgruppen, in denen der Embryo aus Art. 1 Abs. 1 GG absolut geschützt ist. Aber letztlich ist es beim Schutz der Menschenwürde über die Objektformel ja auch so, dass wir nur wenige Fallgruppen, wie etwa das Folterverbot, haben und aus meiner Sicht auch zu Recht davor gewarnt wird, die Menschenwürde inflationär zu gebrauchen.

Es war auch auf *Kant* hingewiesen worden. Ich meine mich zu erinnern, dass er in § 28 der Metaphysik der Sitten – aber es kann auch eine andere Stelle sein – in der Tat auf das ungeborene Kind eingeht. Natürlich konnte er noch nichts von Fortpflanzungsmedizin wissen. Aber abgesehen davon bin ich auch der Ansicht, dass diese Stelle nicht so richtig passt, weil es um die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber dem Kind geht und in dem Zusammenhang auf den Zeugungsakt abgestellt wird. Ganz unabhängig davon ist mir jedoch der Punkt wichtig, dass ich durchaus versucht habe, einen Schutz des extrakorporalen Embryos zu konstruieren und damit sowohl der Position, nach der ein voller Schutz durch die Objektformel gegeben sein soll, als auch der Gegenposition, die den Schutz aus Art. 1 Abs. 1 GG verneint und Schutzansprüche allenfalls auf der Ebene der moralischen Gebote gelten lassen will, eine Absage erteile. Stattdessen versuche ich, hier zu einem dem *besonderen Potential des Embryos* Rechnung tragenden verfassungsrechtlichen Schutz aus Art. 1 Abs. 1 GG zu kommen. Vielen Dank!

Gernot Sydow: In der Pause hatte ich Gelegenheit, Herrn *Fromont* zu fragen, ob ich denn die französische Sicht richtig getroffen hätte. Er sagte mir: „peut-être un peu trop optimiste“ – vielleicht ein wenig zu optimistisch. Es

mag sein, dass ich für Deutschland peut-être un peu trop pessimiste, vielleicht ein wenig zu pessimistisch war. Das bezieht sich auf das, was Herr *Augsberg* angemerkt hat. Natürlich ist nicht die gesamte deutsche Diskussion eine reine Verfassungsdiskussion. Es ergänzt das Bild, dass wir durchaus Bereiche haben, in denen wir Verfassungsvermeidungsstrategien verfolgen und anders diskutieren. Aber im Versuch zu kontrastieren, wie die drei Rechtsordnungen funktionieren und was dominante Unterschiede sind, möchte ich daran festhalten, dass wir in Deutschland intensiv dazu neigen, verfassungsrechtlich zu argumentieren, und unterschiedliche Argumente auch in verfassungsrechtliche Argumente übersetzen. Niemand spricht von der Gottesebenbildlichkeit des Menschen aus einer theologischen Perspektive. Das theologische Konzept wird übersetzt in eine Kategorie der Verfassung, in den Begriff der Würde, und ist dadurch anschlussfähig. Darin liegt in der Tat eine Stärke der deutschen Debatte im Anschluss an das, was Herr *Huster* gesagt hat, einer Debatte, die wir ganz dominant als verfassungsrechtliche Debatte führen. Das hat den Vorteil, dass wir sie aus der Unlösbarkeitsfalle herausführen, in der unteilbare Konflikte sehr schnell verharren. Insofern bietet es einen Vorteil, dass wir verfassungsrechtlich argumentieren, weil es dann eine gemeinsame Sprache und gemeinsame Kategorien gibt, über die eine Verständigung möglich ist. Zum Plädoyer von Herrn *Huster*, Entscheidungen auch einmal in Ruhe zu belassen, möchte ich nur sagen: Das ist in erster Linie eine Frage der Revisionsrhythmen. Niemand plädiert dafür, ein einmal geregeltes Problem jedes Jahr wieder aufzumachen. Das ist eine Frage des Zeitabstandes.

Zur Frage von Herrn *Mayer*, was denn eigentlich der Nutzen eines Dokumentes des Conseil d'État sei, wenn die Sektion, die es erstattet hat, im internen Ranking nicht hoch stehe: Was nutzt das Ganze? Ich glaube, der wesentliche Vorteil des Partizipationsprozesses, den wir in Frankreich jetzt erlebt haben, ist, dass die Argumente aufbereitet sind. Sie sind in einer Weise aufbereitet, der ein sehr ernsthaftes Bemühen zu Grunde liegt, die jeweils unterschiedlichen Positionen aufzuzeigen. Der Conseil d'État verficht in seinem Gutachten keine eigene Position. Er referiert schlicht die Position für eine Gesetzesrevision mit ihren Argumenten und Blindstellen und ebenso die Gegenposition. Der Conseil d'État flaggt in seinem Abschlussgutachten aus, wo Konsens besteht und wo es keinen Konsens gibt. Damit sind die Argumente in einer Weise aufbereitet für das parlamentarische Verfahren, wie man sie sonst nicht als Beratungsgrundlage hätte. Das ist eine ganz wesentliche und zentrale Voraussetzung dafür, dass ein parlamentarisches Verfahren im Anschluss gelingen kann. Denn wir haben es mit einem epistemischen Problem zu tun. Die Debatte über die Reproduktionsmedizin ist nicht nur eine Wertedebatte, in der sich jeder Einzelne und jeder Parlamentarier einfach hinstellt und sagen kann: „Mein

Gewissen sagt mir aber …“. Denn das Problem ist, dass über hochtechnisierte und anspruchsvolle Sachverhalte gestritten wird, die ein hohes Maß an medizinischem Sachverstand voraussetzen. Man kann aber nicht voraussetzen, dass dieses Wissen bei jedem einzelnen Parlamentarier vorhanden ist. Es bedarf einer Vermittlung von der intuitiven Vorstellung, es sei gut oder schlecht, wenn man eine Frage liberal oder restriktiv regele, hin zu einer begründeten Entscheidung. Die Frage ist: Wie kann ein Parlament das leisten? Kann es das dadurch, dass – einer üblichen Praxis in Deutschland entsprechend – einfach Abstimmungen vom Fraktionszwang freigestellt werden? Führt das zu einer Sternstunde des Parlaments? Das mag so sein, aber es setzt mindestens voraus, dass die Parlamentarier in irgendeiner Weise in der Lage sind, sich argumentativ dieser Probleme zu nähern. Und wenn die Strukturen, die das üblicherweise ermöglichen, nämlich die Einbindung in Fraktionen mit politisch Gleichgesinnten, wegfallen, wird es umso wichtiger, dass die Basis der Argumentation in irgendeiner Weise vernünftig aufbereitet ist. Das hat der französische Conseil d'État jetzt geleistet. Denn wenn man sich diese Dokumente durchliest, weiß man, worum es geht. Darin sehe ich einen ganz entscheidenden Mehrwert.

Zum Problem fehlender internationaler Vorgaben mit der Folge, dass ein hohes Maß an nationalen Regelungen besteht: Herr *Streinz* hat es angesprochen, ebenso Herr *Isensee* mit der Frage, ob das nicht dazu führe, dass es durchaus legitim sei, dass jeder Staat seine eigenen Regelungen habe und sie in seinem Territorium durchsetzen könne. Doch ist das Recht der Reproduktionsmedizin wirklich ganz frei von internationalen Vorgaben? Es gibt in diesem Zusammenhang ein sehr interessantes Urteil der französischen Cour de cassation aus dem Jahr 2013. Es ging um das Problem, das auch heute ein paar Mal anklang im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft. Welche Regelungen gelten für eine ausländische Leihmutterschaft, die im Inland verboten ist – Frankreich verbietet die Leihmutterschaft ja komplett –, wenn die Eltern ins Ausland gehen und mit dem Kind nach Frankreich zurückkehren? Wie verhält es sich mit der personenstandsrechtlichen Zuordnung dieses Kindes zu den französischen Wunscheltern, die aber nicht die leiblichen sind und die etwas getan haben, das sie in Frankreich nicht hätten tun dürfen und das strafbar gewesen wäre? Was ist mit der Staatsangehörigkeit, mit den zentralen regelungsbedürftigen Fragen, die Frau *Siehr* zum Anknüpfungspunkt genommen hat, zu sagen: Wir brauchen ein umfassendes Gesetz, nicht nur zur Frage dessen, was erlaubt und was verboten ist, sondern auch zu den Folgefragen, etwa personenstandsrechtlicher Natur. Die französische Cour de cassation hat geurteilt, es sei eine fraus legis, ein Umgehungstatbestand, wenn sich Eltern ins Ausland begeben. Dann tun sie etwas, das in Frankreich verboten ist, und das könne nicht durch personenstandsrechtliche Zuordnung dieses Kindes zu sei-

nen französischen Wunscheltern in irgendeiner Weise geheilt oder für gut befunden werden. Das französische Verbot der Leihmutterschaft gebiete es vielmehr, dass diese Regelung konsequent durchgesetzt und in Folgefragen konsequent angewandt werde – mit der Konsequenz, dass das Kind personenstandsrechtlich in ein Nichts hineinfällt. Das ist ein sehr eindrucksvolles Beispiel der französischen Argumentation und der Neigung, die gesetzliche Entscheidung des französischen Gesetzgebers für die abschließende Entscheidung zu halten. Wenn der französische Gesetzgeber die Leihmutterschaft verboten hat, dann ist diese Entscheidung bindend, und es ist nicht Aufgabe des französischen Gerichts, dies in irgendeiner Weise nachträglich zu korrigieren, indem es die Rechtsfolgen abmildert. Wir würden in Deutschland anders argumentieren. Wir würden sagen: Es gibt sicherlich gute Gründe, warum die Gesetzgebung so ist, und ein Leihmutterschaftsverbot hat auch präventive Wirkungen, die wünschenswert sind, weil wir Leihmutterschaften insgesamt ablehnen aus den genannten Gründen. Und diese gesetzliche Entscheidung soll dann möglichst nicht durch Auslandsleihmutterschaften umgangen werden können. Aber, so wäre unsere Abwägungsdogmatik, es gibt auch ein Wohl des Kindes. Und das Wohl des Kindes, das nun einmal geboren ist, gebietet es sicherlich, dass das Kind rechtlich nicht irgendwo im Nirwana ist. Wir würden also abwägen zwischen den beiden Positionen. Die französische Cour de cassation hat das nicht gemacht und hat schlicht die französische Gesetzgebung durchgesetzt. An diesem Punkt hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geurteilt, es bestehe eine grundrechtliche Kollisionslage, die es gebiete, diese französische Rechtsprechung zu korrigieren und das Urteil zu kassieren. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat daher das französische Urteil aufgehoben unter Berufung auf das Wohl des Kindes – ich meine am Ende zu Recht. Die französische Cour de Cassation ist von dieser in gewisser Weise konsequenten, aber auch rigoristischen Rechtsprechung inzwischen abgerückt.

Zur Ihrer letzten Frage, Herr *Classen*: Reichen denn die vier – oder wenn man den Marxisten mitzählt – die fünf religiösen Mitglieder im französischen Ethikrat aus, um das Laizitätsprinzip für verabschiedet zu erklären? Natürlich nicht, aber ich meine, es ist ein Beispiel dafür, dass das Laizitätsprinzip in Frankreich ohnehin unter einem ganz starken Druck steht. Die Frage, was Laizität denn eigentlich bedeutet, ist in einem hohen Maße offen. Die lange dominierende Lesart des Laizitätsprinzips, der eine antikatholische oder jedenfalls antireligiöse Stoßrichtung zu eigen war, die auf strikte Trennung zielte, ist unter anderem von der extremen Rechten ganz stark in der Diskussion. Sie hat sich des Laizitätsprinzips bemächtigt und daraus eine laïcité antimusulman oder identitaire gemacht. Sie nutzt also das Laizitätsprinzip, um wahrgenommene Islamisierungstendenzen in der

französischen Gesellschaft zu bekämpfen. Das ist eine grundlegend andere Vorstellung von Laizität als das Konzept einer strikten Trennung, wie es ursprünglich einmal 1905 im Trennungsgesetz gestanden hat. Das heißt, dass der Gehalt des Laizitätsprinzips in Frankreich gegenwärtig neu diskutiert wird. Die Besetzung des Ethikrats ist ein Beispiel dafür, dass tradierte Vorstellungen – das heißt eine strikte Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften – nicht mehr tragen, sondern dass sich Frankreich neu darüber verständigt, was es in diesem Feld für richtig halten will.

Ute Sacksofsky: Vielen Dank. Damit sind wir am Ende des wissenschaftlichen Teils unserer Tagung angekommen. Ich habe diese als sehr anregend erlebt und hoffe, dass es Ihnen ähnlich ging. Es bleibt mir an verschiedene Stellen Dank zu richten. In erster Linie an *Christian Hillgruber* und dessen Team, der uns mit diesem Rahmen einen wirklich schönen Tagungsort beschert hat. Ganz herzlichen Dank! Mein zweiter Dank gilt den Referentinnen und Referenten, die das wissenschaftliche Programm getragen und eingeleitet haben. Ich bin der Meinung, dass wir wunderbare Vorträge erlebt haben. Auch dafür danke ich! Ein Anliegen ist es mir ebenfalls, den Diskutierenden zu danken. Denn nicht nur gäbe es ohne Diskussion keinen wissenschaftlichen Austausch, ich habe die Diskussion auch als ausgesprochen niveauvoll und fair erlebt. Dafür bin ich sehr dankbar, denn ich erinnere mich an Diskussionen, in denen weniger respektvoll miteinander umgegangen wurde. Schließlich gilt mein Dank Ihnen allen, die Sie hier sitzen. Sie wissen, wir haben immer wieder Sorgen um die Beteiligung am Freitagnachmittag. Sie haben belegt, dass die Sorgen jedenfalls in diesem Jahr nicht berechtigt waren.

Jochen Frowein: So ist es, Frau Vorsitzende. Noch ein Zwischenruf von mir. Es entspricht einer alten Tradition, dieser Vereinigung, dass der älteste anwesende Altpräsident dieser Vereinigung ein paar Dankesworte spricht. Ein mit Schrecken angenommener Rundblick von mir hat zu dem Ergebnis geführt, dass ich das wohl leider bin. Deshalb möchte ich dem Herrn Vorsitzenden und dem ganzen Vorstand sehr herzlich danken für die Vorbereitung dieser Tagung, für die Auswahl der hochinteressanten Themen: der Gleichheitssatz in neuen Beleuchtungen und dann diese hochinteressante Wendung heute zu den neuen medizintechnischen Fragen. Ich glaube, das war eine sehr gelungene Themenauswahl und ich möchte dem Vorstand und allen Referenten auch noch einmal danken, Sie haben es schon getan, und den Mitgliedern, die noch hier anwesend sind, auch sehr herzlich danken und damit das letzte Wort sprechen.

Verzeichnis der Rednerinnen und Redner

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V.

(Stand 13. Dezember 2018; ständige Aktualisierung unter www.staatsrechtslehrer.de)

Vorstand

Vorsitzender
Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Peter *Sommermann*
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatslehre und Rechtsvergleichung
Freiherr-vom-Stein-Straße 2
67346 Speyer
Tel. (06232) 654 344
Fax (06232) 654 414
E-Mail sommermann@uni-speyer.de

Stellvertreter
Prof. Dr. Ute *Sacksofsky*
Goethe-Universität Frankfurt am Main
Institut für Öffentliches Recht
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung
Theodor-W.-Adorno-Platz 4 / RuW 08
60629 Frankfurt am Main
Tel. (069) 798 34286
Fax (069) 798 34513
E-Mail sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

Stellvertreter
Prof. Dr. Christian *Waldhoff*
Humboldt-Universität zu Berlin
Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Tel. (030) 2093 3537
Fax (030) 2093 3522
E-Mail christian.waldhoff@rewi.hu-berlin.de

Mitglieder

Adamovich, Dr. Dr. h.c. mult. Ludwig,
o. Univ.-Prof.,
Präsident des Österreichischen
Verfassungsgerichtshofs a.D.,
Rooseveltplatz 4, A-1090 Wien,
(0043) 66 42 42 75 26;
Österreichische Präsidentschaftskanzlei,
Hofburg, Ballhausplatz, A-1014 Wien,
(0043) 1534 22-300,
Fax (0043) 1534 22-248,
E-Mail ludwig.adamovich@hofburg.at

Albers, Dr. iur., Dipl. soz. Marion,
Professorin,
Sulzer Straße 21a, 86159 Augsburg;
Universität Hamburg,
Fakultät für Rechtswissenschaften,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Informations- und Kommunikationsrecht,
Rechtstheorie,
Rothenbaumchaussee 33,
20148 Hamburg,
(040) 42838-5752,
Fax (040) 42838-2635,
E-Mail marion.albers@jura.uni-hamburg.de

Alexy, Dr. Dr. h.c. mult. Robert,
o. Professor,
Klausbrooker Weg 122, 24106 Kiel,
(0431) 5497 42;
Universität Kiel, 24098 Kiel,
(0431) 880 3543,
Fax (0431) 880 3745,
E-Mail alexy@law.uni-kiel.de

Alleweldt, Dr. Ralf, LL.M., Professor,
Alt-Reinickendorf 19 A, 13407 Berlin,
(030) 9143 6466;
Fachhochschule der Polizei des Landes
Brandenburg,
Bernauer Str. 146, 16515 Oranienburg,
(03301) 850 2554,
E-Mail ralf.alleweldt@fhpolbb.de

Anderheiden, Dr. Michael, Professor,
Eichelgasse 18, 76227 Karlsruhe,
(0721) 470 0817;
Fakultät für Rechts- und
Staatswissenschaften
Andrássy Universität Budapest,
Pollack Tér 3, 1088 Budapest / Ungarn,
(0036) 1 8158 120;
In Deutschland erreichbar unter:
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg,
Juristisches Seminar,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg,
(06221) 5474 97,
E-Mail anderheidenm@jurs.
uni-heidelberg.de

Appel, Dr. Ivo, Professor,
Universität Hamburg,
Fakultät für Rechtswissenschaft
Professur für Öffentliches Recht,
Umweltrecht und Rechtsphilosophie,
Forschungsstelle Umweltrecht,
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg
(040) 42838 3977,
Fax (040) 42838 6280
E-Mail ivo.appel@jura.uni-hamburg.de

Arnauld, Dr. Andreas von, Professor,
Walther-Schücking-Institut für
Internationales Recht / Walther Schücking
Institute for International Law
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Westring 400, 24118 Kiel
+49 431 880-1733,
Fax +49 431 880-1619
E-mail arnauld@wsi.uni-kiel.de

Arnim, Dr. Hans Herbert von, o. Professor,
Im Oberkämmerer 26, 67346 Speyer,
(06232) 981 23;
Deutsche Universität für Verwaltungs-
wissenschaften Speyer, 67324 Speyer,

(06232) 654 343,
E-Mail vonarnim@uni-speyer.de

Arnold, Dr. Rainer, o. Professor,
Plattenweg 7, 93055 Regensburg,
(0941) 7 44 65;
Universität Regensburg,
93053 Regensburg,
(0941) 943-2654/5,
E-Mail Rainer.Arnold@jura.
uni-regensburg.de

Aschke, Dr. Manfred, Professor,
Kantstr. 14, 99425 Weimar,
(03643) 4022 83, Fax (03643) 4022 84;
E-Mail winckelmann.aschke@t-online.de;
c/o Professur Öffentliches Recht II,
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen oder
Thüringer Oberverwaltungsgericht
Kaufstr. 2–4, 99423 Weimar,
(03643) 206-269

Augsberg, Dr. Dr. Ino, Professor;
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und
Öffentliches Recht,
Leibnizstraße 6, 24118 Kiel
0431 880-5494,
Fax 0431 880-3745
E-Mail augsberg@law.uni-kiel.de

Augsberg, Dr. Steffen, Professor,
Hochallee 19, 20149 Hamburg,
(0178) 8314 000;
Justus-Liebig-Universität,
Professur für Öffentliches Recht,
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,
(0641) 99-21090/91,
Fax (0641) 99-21099,
E-Mail Steffen.Augsberg@recht.
uni-giessen.de

Aulehner, Dr. Josef, Privatdozent,
Hans-Böckler-Str. 8, 80995 München,
(089) 123 8402
Fax (089) 1274 9688;
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Ref. I A 3 – Rechtsabteilung,
Geschwister-Scholl-Platz 1,
80539 München,
(089) 2180-3730,
Fax (089) 2180-2985,
E-Mail Aulehner@lmu.de

Aust, Prof. Dr. Helmut Philipp,
Peschkestr. 3, 12161 Berlin,
Freie Universität Berlin,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Professur für Öffentliches Recht und die
Internationalisierung der Rechtsordnung,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(030) 838-61731
E-Mail helmut.aust@fu-berlin.de

Axer, Dr. Peter, Professor,
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg,
Lehrstuhl für Sozialrecht in Verbindung
mit dem Öffentlichen Recht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg,
(06221) 54-7768,
Fax (06221) 54-7769,
E-Mail axer@jurs.uni-heidelberg.de

Badura, Dr. Peter, o. Professor,
Am Rothenberg Süd 4,
82431 Kochel am See,
(08851) 5289;
Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-3576

Bäcker, Dr. Carsten, Univ.-Prof.,
Universität Bayreuth,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht IV,
Gebäude RW, 95440 Bayreuth,
(0921) 55-6260,
Fax (0921) 55-6262
E-Mail carsten.baecker@uni-bayreuth.de

Bäcker, Dr. Matthias, LL.M., Professor,
Ludwig-Frank-Straße 52,

68199 Mannheim,
(0621) 12282162;
Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Informationsrecht, insbesondere Datenschutzrecht
Jakob-Welder-Weg 9, 55128 Mainz
(6131) 39 25759,
Fax (6131) 39 28172,
E-Mail mabaecke@uni-mainz.de

Baer, Dr. Susanne, LL.M., Professorin,
Richterin des Bundesverfassungsgerichts,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093 3467,
Fax (030) 2093 3431,
E-Mail sekretariat.baer@rewi.hu-berlin.de

Baldus, Dr. Manfred, Universitätsprofessor,
Roter Stein 8, 99097 Erfurt,
(0361) 554 7054;
Universität Erfurt, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte,
Staatswissenschaftliche Fakultät,
Nordhäuserstr. 63, 99089 Erfurt,
(0361) 737 4711,
E-Mail manfred.baldus@uni-erfurt.de

Barfuß, Dr. iur. Dr. rer. pol. Walter,
o. Universitätsprofessor,
Tuchlauben 11/31; 1010 Wien;
Präsident des Österreichischen Normungsinstituts, Generaldirektor für Wettbewerb a.D. (Bundeswettbewerbsbehörde),
Heinestraße 38, A-1020 Wien,
(0043) 1/213 00/612,
Fax (0043) 1/213 00/609,
E-Mail walter.barfuss@as-institute.at

Bartlsperger, Dr. Richard, o. Professor,
Schleifweg 55, 91080 Uttenreuth,
(09131) 599 16,
Fax (09131) 5333 04,
E-Mail Bartlsperger.richard@t-online.de

Bast, Dr. Jürgen, Professor,
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Professur für Öffentliches Recht und Europarecht,
Licher Str. 64, 35394 Gießen,
(0641) 99-21061,
Fax (0641) 99-21069,
E-Mail jurgen.bast@recht.uni-giessen.de

Battis, Dr. Dr. h.c. Ulrich, Professor,
Bleibtreustr. 5, 10623 Berlin,
(030) 648 1947;
Rechtsanwalt Of Counsel in der Kanzlei Gleiss Lutz,
Friedrichstr. 71, 10117 Berlin,
(030) 8009 79121,
E-Mail ulrich.battis@gleisslutz.com,
oder sekretariat.battis@rewi.hu-berlin.de

Bauer, Dr. Hartmut, Professor,
Am Hegereiter 13, 01156 Cossebaude,
(0351) 452 1603;
Universität Potsdam,
Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht,
August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam,
(0331) 977-3264,
Fax (0331) 977-3310,
E-Mail hbauer@rz.uni-potsdam.de

Baumeister, Dr. Peter, Professor,
Langebrücker Str. 24, 68809 Neulußheim,
(06205) 3978 17;
SRH Hochschule Heidelberg,
Ludwig-Guttmann-Str. 6,
69123 Heidelberg,
(06221) 8822 60,
Fax (0 62 21) 8834 82,
E-Mail peter.baumeister@fh-heidelberg.de;
Schlatter Rechtsanwälte,
Kurfürsten-Anlage 59,
69115 Heidelberg,
(06221) 9812 17,
Fax (06221) 1824 75,
E-Mail p.baumeister@kanzlei-schlatter.de

Baumgartner, Dr. Gerhard, Univ. Prof.,
Institut für Rechtswissenschaft,
Alpen-Adria-Universität Klagenfurt,
Universitätsstr. 65–67,
A-9020 Klagenfurt am Wörthersee,
(0043) 463 2700 3311,
Fax (0043) 463 2700 993311,
E-Mail Gerhard.Baumgartner@aau.at

Bausback, Dr. Winfried, Univ.-Prof. a. D., MdL,
Büro: Roßmarkt 34, 63739 Aschaffenburg,
(06021) 4423 20,
Fax (06021) 4423 18;
E-Mail info@winfried-bausback.de

Beaucamp, Dr. Guy, Professor,
Leharstr. 7, 22145 Hamburg;
HAW Hamburg, Department Public Management, Fakultät Wirtschaft und Soziales,
Berliner Tor 5, 20099 Hamburg,
(040) 42875 7713
E-Mail AnkeBeauc@aol.com

Becker, Dr. Florian, LL.M.(Cambridge), Professor,
Universität Kiel, Olshausenstr. 75, Gebäude II,
(Postanschrift: Olshausenstr. 40),
24098 Kiel,
(0431) 880-5378 oder (0431) 880-1504,
Fax (0431) 880-5374,
E-Mail f.becker@law.uni-kiel.de

Becker, Dr. Joachim, Privatdozent,
Kreuznacher Str. 6, 14197 Berlin,
(030) 822 4012;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093 3383,
E-Mail Joachim.Becker@rewi.hu-berlin.de

Becker, Dr. Jürgen, o. Professor,
Kellerstr. 7, 81667 München;
E-Mail ksjbecker@gmail.com

Becker, Dr. Ulrich, LL.M. (EHI), Professor,
Pfarrsiedlungsstr. 9, 93161 Sinzing,
(09404) 3478;
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht,
Amalienstr. 33, 80799 München,
(089) 386 02-511,
Fax (089) 386 02-590,
E-Mail Becker@mpisoc.mpg.de

Belser, Dr. Eva Maria, Professorin,
Chemin du Riedelet 7, CH-1723 Marly,
(+41) 264 3622 36;
Universität Freiburg, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Av. Beauregard 1,
CH-1700 Freiburg,
(+41) 26 300 81 47,
E-Mail evamaria.belser@unifr.ch

Berg, Dr. Wilfried, o. Professor,
Waldsteinring 25, 95448 Bayreuth,
(0921) 990 0814;
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth,
(0921) 5528 76,
Fax (0921) 5584 2875 oder 55 2985,
E-Mail wilfried@cwberg.de

Berger, Dr. Ariane, Priv.-Doz.
Freie Universität Berlin,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin,
(030) 838 55924,
E-Mail ariane.berger@fu-berlin.de

Berka, Dr. Walter,
o. Universitätsprofessor,
Birkenweg 2, A-5400 Hallein,
(0043) 6624 5767 58;
Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Universität Salzburg,
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(0043) 662-8044 3621,
Fax (0043) 662-8044 3629,
E-Mail Walter.Berka@sbg.ac.at

Bernhardt, Dr. Dr. h.c. Rudolf, o. Professor,
Poststraße 11/1. 69115 Heidelberg
(06221) 7262347;
Max-Planck-Institut für ausländisches
öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535,
69120 Heidelberg,
(06221) 4822 53,
Fax (06221) 482-603
E-Mail bernhardt@mpil.de

Bernstorff, Dr. Jochen von, Professor,
Eberhard-Karls-Universität Tübingen,
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Staats-
recht, Völkerrecht und Verfassungslehre,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
E-Mail vonbernstorff@jura.
uni-tuebingen.de

Bethge, Dr. Herbert, o. Professor,
Am Seidenhof 8, 94034 Passau,
(0851) 416 97,
Fax (0851) 490 1897,
E-Mail H.I.Bethge@t-online.de

Beusch, Dr. Michael, Privatdozent,
Haldenstraße 93a, CH-8055 Zürich,
Bundesverwaltungsgericht,
Kreuzackerstraße 12,
Postfach, CH-9023 St. Gallen,
(0041) 5846 52533
E-Mail michael.beusch@isistax.com

Bezemek, Dr. Christoph, BA, LL.M. (Yale),
Professor,
Universität Graz, Institut für Öffentliches
Recht und Politikwissenschaft
Universitätsstraße 15, 3D, A-8010 Graz
E-Mail christoph.bezemek@uni-graz.at

Biaggini, Dr. Giovanni, o. Professor,
Kantstraße 12, CH-8044 Zürich,
(0041) 44251 1158;
Universität Zürich, Lehrstuhl für Staats-,
Verwaltungs- und Europarecht,
Rechtswissenschaftliches Institut,
Freiestrasse 15, CH-8032 Zürich,
(0041) 44634-3011 oder -3668,
Fax (0041) 44634-4389,
E-Mail giovanni.biaggini@rwi.uzh.ch

Bickenbach, Dr. Christian,
Universitätsprofessor,
E-Mail Christian.Bickenbach@gmx.de;
Universität Potsdam, Juristische Fakultät,
Professur für Verwaltungsrecht, insbeson-
dere Regulierungs- und Infrastrukturrecht,
August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam,
(0331) 9773416,
Fax (0331) 9773533,
E-Mail cbickenb@uni-potsdam.de

Bieber, Dr. Uwe Roland, o. Professor,
Mainzer Str. 135, 53179 Bonn,
(0228) 3571 89;
Université de Lausanne,
Faculté de Droit – CDCE BFSH 1,
CH-1015 Lausanne-Dorigny,
(0041) 21-692 2790,
Fax (0041) 21-692 2785,
E-Mail Roland.Bieber@unil.ch

Binder, Dr. Bruno, Universitätsprofessor,
Wischerstr. 30, A-4040 Linz,
(0043) 732-7177 72-0,
Fax (0043) 7 32-7177 72-4;
Universität Linz,
Altenbergerstr. 69, A-4020 Linz,
(0043) 7322 4680,
Fax (0043) 7322 468 10,
E-Mail vwrecht@jku.at

Birk, Dr. Dieter, Universitätsprofessor,
Büschingstr. 2, 10249 Berlin,
(030) 253 53 202,
E-Mail birk@uni-muenster.de

Blanke, Dr. Hermann-Josef,
Universitätsprofessor,
Universität Erfurt, Lehrstuhl für Öffentli-
ches Recht, Völkerrecht und Europäische
Integration,

Nordhäuser Straße 63, 99089 Erfurt,
(0361) 737-4751, (0361) 737-4700 (Sekr.),
Fax (0361) 737-4709,
E-Mail LS_Staatsrecht@uni-erfurt.de

Blankenagel, Dr. Alexander, Professor,
Türksteinstraße 10, 14167 Berlin,
(030) 854 9582;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3381,
Fax (0 30) 2093-3345,
E-Mail blankenagel@rewi.hu-berlin.de

Bock, Dr. Wolfgang, Professor,
Richter am Landgericht Frankfurt am Main,
Schalkwiesenweg 44,
60488 Frankfurt am Main,
Privat: (069) 7657 17; (0163) 636 2552,
Dienstlich: (030) 4004 6314
E-Mail wolfgang.bock@baks.bund.de;
momentan zu erreichen über: sekretariat.
schoendorf-haubold@recht.uni-giessen.de

Böckenförde, Dr. iur. Dr. phil. Dr. h.c.
Ernst-Wolfgang, o. Professor,
Türkheimstr. 1, 79280 Au bei Freiburg,
(0761) 4056 23;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
79098 Freiburg,
(0761) 203 2263 oder -2262

Böhm, Dr. Monika, Professorin,
Lerchenweg 7, 65719 Hofheim/Ts.,
(06192) 9516854,
Fax (06192) 248 14;
Philipps-Universität Marburg, Institut
für Öffentliches Recht, Savignyhaus,
Raum 404,
Universitätsstraße 6,
35032 Marburg/Lahn,
(06421) 282-3808,
Fax (06421) 282-8982,
E-Mail monika.boehm@jura.
uni-marburg.de

Bogdandy, Dr. Armin von, M.A., Professor,
Mühltalstr. 117, 69121 Heidelberg,
(06221) 5894 33;
Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535,
69120 Heidelberg,
(06221) 4826 02,
Fax (06221) 4826 03,
E-Mail sekreavb@mpil.de

Bogs, Dr. Harald, o. Professor,
Anton-Bartl-Str. 4, 82327 Tutzing,
(08158) 9065 83

Bohne, Dr. Eberhard, M.A., Professor,
Conrad-Hist-Straße 35, 67346 Speyer,
(06232) 737 04, Fax (06232) 601 0871;
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Straße 2, 67346 Speyer,
(06232) 654-326,
Fax (062 32) 654-416,
E-Mail bohne@uni-speyer.de

Borowski, Dr. Martin, Professor,
Im Neuenheimer Feld 371,
69120 Heidelberg;
Universität Heidelberg, Institut für
Staatsrecht, Verfassungslehre und
Rechtsphilosophie,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg,
(06221) 54-7462,
E-Mail borowski@jurs.uni-heidelberg.de

Bothe, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Theodor-Heuss-Str. 6, 64625 Bensheim,
(06251) 4345;
Universität Frankfurt am Main, Juridicum
Zimmer 210,
Senckenberganlage 31,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 7982 2264,
E-Mail bothe-bensheim@t-online.de

Boysen, Dr. Sigrid,
Universitätsprofessorin, Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg, Professur für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Holstenhofweg 85, 22043 Hamburg,
(040) 6541-2771,
Fax (040) 6541-2087,
E-Mail boysen@hsu-hh.de

Braun Binder, Dr. Nadja,
Assistenzprofessorin,
Rechtswissenschaftliches Institut der Universität Zürich, Zentrum für Demokratie Aarau,
Villa Blumenhalde,
Küttigerstraße 21, CH-5000 Aarau,
+41 (0) 62 836 9432,
E-Mail nadja.braun_binder@rwi.uzh.ch

Breitenmoser, Dr. Stephan, Professor,
Ordinarius für Europarecht,
Juristische Fakultät der Universität Basel,
Peter Merian-Weg 8, Postfach,
CH-4002 Basel,
(0041) 61267 2551,
Fax (0041) 61267 2579,
E-Mail stephan.breitenmoser@unibas.ch

Brenner, Dr. Michael, Professor,
Drosselweg 8, 73550 Waldstetten,
(07171) 996 742
Fax (07171) 996 865;
Universität Jena,
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verfassungs-und Verwaltungsrecht,
Carl-Zeiss-Str. 3, 07743 Jena,
(03641) 9422 40 oder -41,
Fax (03641) 9422 42,
E-Mail prof.brenner@t-online.de

Breuer, Dr. Marten, Professor,
Universität Konstanz, Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit internationaler Ausrichtung,
Universitätsstr. 10, 78464 Konstanz,
(07531) 88 2416,
Fax (07531) 88 3041,
E-Mail Lehrstuhl.Breuer@uni-konstanz.de

Breuer, Dr. Rüdiger, Professor,
Buschstr. 56, 53113 Bonn,
(0228) 2179 72,
Fax (0228) 2248 32;
Köhler & Klett Rechtsanwälte, Köln,
(0221) 4207-291,
Fax (0221) 4207-255,
E-Mail breuer.ruediger@arcor.de

Brinktrine, Dr. Ralf,
Universitätsprofessor,
Margaretenstr. 31,
97276 Margetshöchheim,
(0931) 3044 5884;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, deutsches und europäisches Umweltrecht und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät, Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(0931) 318-2331,
E-Mail Ralf.Brinktrine@jura.uni-wuerzburg.de

Britz, Dr. Gabriele, Professorin,
Richterin des Bundesverfassungsgerichts,
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Professur für Öffentliches Recht und Europarecht,
Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen,
(0641) 992 1070,
Fax (0641) 992 1079,
E-Mail Gabriele.Britz@recht.uni-giessen.de

Broemel, Dr. Roland, Professor,
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Theodor-W.-Adorno-Platz 3
60629 Frankfurt am Main,
(069) 798–34024,
E-Mail broemel@jur.uni-frankfurt.de

Bröhmer, Dr. Jürgen, Professor,
4 Hinton Cove, 6170 Wellard, WA,
(0061) 8 9419 5965;
Dean and Professor of Law,
School of Law, Murdoch University,
Murdoch, WA 6150, Australien,
(0061) 89360 6050,
E-Mail j.brohmer@murdoch.edu.au

Brosius-Gersdorf, Dr. Frauke, LL.M.,
Professorin,
Alte Leipziger Str. 10, 10117 Berlin,
(030) 206 196 59, Fax (030) 206 196 62;
Gottfried Wilhelm Leibniz Universität
Hannover, Lehrstuhl für Öffentliches
Recht, insb. Sozialrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissenschaft,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 762-8225, Mobil (0173) 609 1454,
Fax (0511) 762-8228;
E-Mail brosius-gersdorf@jura.
uni-hannover.de

Brühl-Moser, Dr. Denise, Privatdozentin,
EDA Kurier (Taschkent), Freiburgstr. 130,
CH-3003 Bern,
(0041) 998 93182 3685,
E-Mail d.bruehl-moser@unibas.ch

Brüning, Dr. Christoph, Professor,
Kiebitzredder 12, 24220 Flintbek,
(04347) 713 4295;
Universität Kiel,
Olshausenstr. 75, 24118 Kiel,
(0431) 880-4540 oder -15 05,
Fax (0431) 880-4582,
E-Mail cbruening@law.uni-kiel.de

Brünneck, Dr. Alexander von, Professor,
Blumenhagenstr. 5, 30167 Hannover,
Tel./Fax (0511) 71 6911;
E-Mail raue@europa-uni.de

Bryde, Dr. Brun-Otto, o. Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.,
Universität Gießen,
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,
(0641) 992 1060/61,
Fax (0641) 992 1069,
E-Mail Brun.O.Bryde@recht.
uni-giessen.de

Bull, Dr. Hans Peter, o. Professor,
Falckweg 16, 22605 Hamburg,
(040) 880 5652,
E-Mail HP-Bull@t-online.de

Bullinger, Dr. Dr. h.c. (Université de
Dijon), Martin, o. Professor,
Altschlößleweg 4,
79280 Au bei Freiburg,
(0761) 4023 89;
Universität Freiburg,
79085 Freiburg,
(0761) 203 2248 oder -47,
E-Mail martin.bullinger@jura.
uni-freiburg.de

Bultmann, Dr. Peter Friedrich,
Privatdozent,
Am Pankepark 51, 10115 Berlin,
(030) 4405 6443;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
E-Mail piet.bultmann@rz.hu-berlin.de

Bumke, Dr. Christian, Professor,
Apostel-Paulus-Str. 19, 10825 Berlin,
(030) 782 6787;
Bucerius Law School,
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg,
(040) 30706-237,
Fax (040) 30706-259,
E-Mail christian.bumke@law-school.de

Bungenberg, Dr. Marc, LL.M. (Lausanne),
Professor,
Pirmasenser Str. 3, 30559 Hannover,
(0511) 219 3413 oder (0177) 434 9722;
Universität Siegen,
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften,
Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsinformatik,

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,
Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen,
(0271) 740 3219,
Fax (0271) 740 2477,
E-Mail marc.bungenberg@gmx.de

Burgi, Dr. Martin, Professor,
Institut für Politik und Öffentliches Recht der LMU München, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht,
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-6295, Fax (089) 2180-3199,
E-Mail martin.burgi@jura.uni-muenchen.de

Burkert, Dr. Herbert, Professor,
Uferstr. 31, 50996 Köln-Rodenkirchen,
(0049) 22139 7700,
Fax (00 49) 22139 7711;
MCM-HSG, Universität St. Gallen,
Müller-Friedberg-Str. 8,
CH-9000 St. Gallen,
(0041) 71-222 4875,
Fax (0041) 71-222 4875,
E-Mail herbert.burkert@unisg.ch

Burri, Dr. Thomas, Privatdozent, LL.M.,
Bodanstr. 8, CH-9000 St. Gallen,
(+41) 78 754 3340;
Universität St. Gallen, CH-9000 St. Gallen,
E-Mail Thomas-Burri@unisg.ch

Bußjäger, Dr. Peter, Univ.-Prof.,
Institut für Öffentliches Recht,
Staats- und Verwaltungslehre,
Innrain 52d, A-6020 Innsbruck,
E-Mail peter.bussjaeger@uibk.ac.at

Butzer, Dr. iur. Hermann, Professor,
Moltkestr. 4, 30989 Gehrden,
(05108) 8782 323;
Leibniz-Universität Hannover,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Recht der staatlichen Transfersysteme,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 7 6281 69,
Fax (0511) 762 8203,
E-Mail butzer@jura.uni-hannover.de

Calliess, Dr. Christian, LL.M. Eur., M.A.E.S. (Brügge), Professor,
(0175) 205 75 22;
Freie Universität Berlin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(030) 8385 1456,
Fax (0 30) 8385 3012,
E-Mail europarecht@fu-berlin.de

Cancik, Dr. Pascale, Professorin,
Schreberstraße 19, 49080 Osnabrück,
(0541) 970-1977,
E-Mail pcancik@uni-osnabrueck.de;
Universität Osnabrück, Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaft,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Martinistraße 12, 49078 Osnabrück,
(0541) 969-6099 (Sekr.),
Fax (0541) 969-6082,
E-Mail instkv@uni-osnabrueck.de

Caspar, Dr. Johannes, Privatdozent,
Tronjeweg 16, 22559 Hamburg,
(040) 8196 1195,
Fax (040) 8196 1121;
Universität Hamburg,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Edmund-Siemers-Allee 1, Flügel West,
20146 Hamburg,
(040) 42838-5760,
Fax (040) 42838-6280,
Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit,
Klosterwall 6 (Block C), 20095 Hamburg,
E-Mail johannes.caspar@datenschutz.hamburg.de

Classen, Dr. Claus Dieter, Professor,
Olchinger Str. 57g, 82178 Puchheim,

(089) 8941 8800, Fax (089) 8941 8801;
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,
17487 Greifswald,
(03834) 420 21 21 oder 21 24,
Fax (03834) 420 2171,
E-Mail Classen@uni-greifswald.de

Coelln, Dr. Christian von, Professor,
Prinz-Georg-Str. 104, 40479 Düsseldorf,
(0211) 9954 3838,
E-Mail coelln@web.de;
Universität zu Köln, Institut für Deutsches
und Europäisches Wissenschaftsrecht,
Albert-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(0221) 470-40 66,
Fax (0221) 470-16 92,
E-Mail cvcoelln@uni-koeln.de

Collin, Dr. Peter, Privatdozent,
Rykestr. 18, 10405 Berlin,
(030) 4005 6292;
MPI für europäische Rechtsgeschichte,
Hausener Weg 120,
60489 Frankfurt am Main,
(069) 789 78-1 61,
Fax (069) 789 78-1 69,
E-Mail collin@rg.mpg.de

Cornils, Dr. Matthias, Professor,
Adelheidstr. 92, 65185 Wiesbaden,
(0611) 971 9997, (0178) 498 7311,
E-Mail mcornils@arcor.de;
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswis-
senschaften,
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,
(06131) 39-220 69,
E-Mail cornils@uni-mainz.de

Cossalter, Dr. Philippe, Professor,
Lehrstuhl für französisches öffentliches
Recht, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(0681) 302-3446,
E-Mail cossalter@mx.uni-saarland.de

Cremer, Dr. Hans-Joachim,
Universitätsprofessor,
Steinritzstr. 21, 60437 Frankfurt am Main;
Universität Mannheim, Fakultät für Rechts-
wissenschaft,
Schloss, Westflügel, 68131 Mannheim,
(0621) 181-1428, -1429 (Sekr.),
Fax (0621) 181-1430,
E-Mail Hjcremer@rumms.
uni-mannheim.de

Cremer, Dr. Wolfram, Professor,
Schellstraße 13, 44789 Bochum;
Ruhr-Universität Bochum,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Europarecht,
GC 8/160, 44780 Bochum,
(0234) 32-22818,
Fax (0234) 32-14 81,
E-Mail wolfram.cremer@rub.de

Czybulka, Dr. Detlef,
Universitätsprofessor,
Bergstraße 24–25, 18107 Elmenhorst,
(0381) 795 3944,
Fax (0381) 795 3945;
Universität Rostock, Lehrstuhl für Staats-
und Verwaltungsrecht, Umweltrecht und
Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Universitätsplatz 1, 18051 Rostock,
(0381) 498-8250,
Fax (0381) 498-8252,
E-Mail detlef.czybulka@uni-rostock.de

Dagtoglou, Dr. Prodromos, Professor,
Hippokratous 33, GR-Athen 144,
(0030) 1322 1190;
dienstl.: (0030) 1362 9065

Damjanovic, Dr. Dragana,
Privatdozentin,
Universität Wien, Institut für öffentliches
und europäisches Recht
Welthandelsplatz 1, A-1020 Wien
(0043) 1 31336 4254
E-Mail dragana.damjanovic@wu.ac.at

Dann, Dr. Philipp, LL.M.,
Sybelstr. 37, 10629 Berlin;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung,
Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093 9975,
E-Mail philipp.dann@rewi.hu-berlin.de

Danwitz, Dr. Dr. h.c. Thomas von, Professor,
Klinkenbergsweg 1, 53332 Bornheim,
(02227) 9091 04,
Fax (02227) 90 9105;
Richter am Gerichtshof der Europäischen Union, L-2925 Luxemburg,
(00352) 4303-2230,
Fax (00352) 4303-2071,
E-Mail thomas.vondanwitz@curia.europa.eu

Davy, Dr. Benjamin,
Universitätsprofessor,
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund,
(0231) 77 9994;
Technische Universität Dortmund,
Fakultät Raumplanung, Lehrstuhl für Bodenpolitik, Bodenmanagement und kommunales Vermessungswesen,
August-Schmidt-Str. 10,
44221 Dortmund,
(0231) 755 2228,
Fax (0231) 755 4886,
E-Mail benjamin.davy@udo.edu

Davy, Dr. Ulrike, Universitätsprofessorin,
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund,
(0231) 7799 94 oder 794 9979;
Lehrstuhl für öffentliches Recht, deutsches und internationales Sozialrecht und Rechtsvergleichung,
Universität Bielefeld,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(0521) 106 4400 oder 6893 (Sekr.),
Fax (0521) 106 8083,
E-Mail udavy@uni-bielefeld.de

von der Decken, Dr. Kerstin, Professorin,
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht,
Westring 400, 24118 Kiel,
(0431) 880–2149,
Fax (0431) 880–1619,
E-Mail decken@wsi.uni-kiel.de

De Wall, Dr. Heinrich, Professor,
Schronfeld 108, 91054 Erlangen,
(09131) 97 1545;
Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,
Hindenburgstraße 34, 91054 Erlangen,
(09131) 85-222 42,
Fax (09131) 85-240 64,
E-Mail hli@jura.uni-erlangen.de

Dederer, Dr. Hans-Georg, Professor,
Holländerstr. 13c, 94034 Passau;
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Völkerrecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht,
Innstr. 39, 94032 Passau,
(0851) 509-2340,
Fax (0851) 509-2342,
E-Mail Hans-Georg.Dederer@uni-passau.de

Degenhart, Dr. Christoph,
Universitätsprofessor,
Stormstr. 3, 90491 Nürnberg,
(0911) 59 2462,
Fax (0911) 59 2462;
Juristenfakultät, Universität Leipzig,
Burgstr. 27, 04109 Leipzig,
(0341) 97-35191,
Fax (0341) 97-35199,
E-Mail degen@rz.uni-leipzig.de

Delbanco, Dr. Heike, Privatdozentin,
Freier Damm 25 c, 28757 Bremen,
(0421) 243 6381,
Fax (0421) 330 4940;

Ärztekammer Bremen,
Schwachhauser Heerstraße 30,
28209 Bremen,
(0421) 3404-200,
Fax (0421) 3404-209

Delbrück, Jost, Dr. Dr. rer. pol. h.c., LL.D. h.c., Professor em.,
Schoolredder 20, 24161 Altenholz,
(0431) 3239 95;
Universität Kiel, 24098 Kiel,
(0431) 8802 188,
Fax (0431) 8801 619,
E-Mail jdelbrueck@web.de

Denninger, Dr. Dr. h.c. Erhard,
Professor em.,
Am Wiesenhof 1, 61462 Königstein,
(06173) 789 88;
Institut für Öffentliches Recht,
Universität Frankfurt,
Senckenberganlage 31,
60325 Frankfurt am Main,
E-Mail Denninger@jur.uni-frankfurt.de

Depenheuer, Dr. Otto, Professor,
Joachimstraße 4, 53113 Bonn,
(0228) 9289 4363,
Fax (0228) 9289 4364;
Universität zu Köln, Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(0221) 470 2230,
Fax (0221) 470 5010,
E-Mail Depenheuer@uni-koeln.de

Desens, Dr. Marc, Universitätsprofessor,
Ferdinand-Lassalle-Str. 2, 04109 Leipzig,
(0341) 3558 7365;
Juristenfakultät, Universität Leipzig, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Steuerrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Burgstr. 21, 04109 Leipzig,
(0341) 9735-270,
Fax (0341) 9735-279
E-Mail marc.desens@uni-leipzig.de

Determann, Dr. Lothar, apl. Prof.,
2 Embarcadero Center, #11fl, c/o Baker/McKenzie,
San Francisco, CA 94119, USA
Freie Universität Berlin,
Fachbereich Rechtswissenschaft
Van´t-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin
E-Mail lothar.determann@bakernet.com

Detterbeck, Dr. Steffen, o. Professor,
Stettiner Str. 60, 35274 Kirchhain,
(06422) 4531;
Institut für Öffentliches Recht,
Philipps-Universität,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(06421) 28 23123,
Fax (06421) 28 23209,
E-Mail detterbeck@jura.uni-marburg.de

Di Fabio, Dr. Dr. Udo, Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.;
Institut für Öffentliches Recht,
Abt. Staatsrecht,
Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität,
Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(0228) 7355-73,
Fax (0228) 7379 35,
E-Mail difabio@uni-bonn.de

Dietlein, Dr. Johannes, Professor,
Heinrich-Heine-Universität,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Verwaltungslehre,
Zentrum für Informationsrecht,
Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf,
(0211) 81-1 1420,
Fax (0211) 81-1 1455,
E-Mail dietlein@uni-duesseldorf.de

Dietz, Dr. Andreas, apl. Prof.,
Vorsitzender Richter,
Bayerisches Verwaltungsgericht Augsburg,
Kornhausgasse 4, 86152 Augsburg,
(0821) 327-04 (Zentrale),
E-Mail andreas.dietz@vg-a.bayern.de

Diggelmann, Dr. Oliver, Professor,
Alte Landstrasse 49, 8802 Kilchberg,
(0041) 43244 4535;
Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht, Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht, Öffentliches Recht und Staatsphilosophie,
Rämistrasse 74/36, 8001 Zürich,
(0041) 44 634-2054 oder -2033,
Fax (0041) 44 634-5399,
E-Mail oliver.diggelmann@rwi.uzh.ch

Dittmann, Dr. Armin, o. Professor,
Karl-Brennenstuhl-Str. 11,
72074 Tübingen,
(07071) 824 56;
Universität Hohenheim-Schloß,
(0711) 459-24676
E-Mail aa.dittmann@gmx.de

Dörr, Dr. Dieter, Universitätsprofessor,
Am Stadtwald 6, 66123 Saarbrücken;
Seniorforschungsprofessur,
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich 03
Jakob-Welder-Weg 4,55128 Mainz;
(06131) 392 5525,
E-Mail ddoerr@uni-mainz.de

Dörr, Dr. Oliver, LL.M. (London),
Professor,
Universität Osnabrück,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
European Legal Studies Institute,
49069 Osnabrück,
(0541) 969 6050 oder -6051,
Fax (0541) 969 6049,
E-Mail odoerr@uos.de

Dreier, Dr. Horst, o. Professor,
Bismarckstr. 13, 21465 Reinbek,
(040) 722 5834;
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(0931) 31-8 2321,
Fax (0931) 31-2911,
E-Mail dreier@mail.uni-wuerzburg.de

Droege, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht: Verwaltungsrecht, Religionsverfassungsrecht und Kirchenrecht, Eberhard Karls Universität Tübingen,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(07071) 29 78125,
E-Mail michael.droege@uni-tuebingen.de

Drüen, Dr. Klaus-Dieter, Professor,
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Steuerrecht und Öffentliches Recht,
Professor-Huber-Platz 2,
80539 München
(089) 2180 27 18;
Fax (089) 2180 17 843
E-Mail klaus-dieter.drueen@jura.uni-muenchen.de

Durner, Dr. jur., Dr. phil. Wolfgang,
LL.M. (London), Professor,
Viktoriaplatz 1,
53173 Bonn-Bad Godesberg;
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,
Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(0228) 73 9151,
Fax (0228) 73 5582,
E-Mail durner@uni-bonn.de

Eberhard, Dr. Harald,
Universitätsprofessor,
Troststr. 89/16, A-1100 Wien;
Wirtschaftsuniversität Wien,
Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht,
Welthandelsplatz 1/D3, A-1020 Wien,
(0043) 1313 36-4243,
Fax (0043) 1313 36-90 4243
E-Mail harald.eberhard@wu.ac.at

Eberle, Dr. Carl-Eugen, Professor,
Kapellenstr. 68a, 65193 Wiesbaden,
(06 11) 5204 68;
E-Mail eberle.ce@t-online.de

Ebsen, Dr. Ingwer, Professor,
Alfred-Mumbächer-Str. 19, 55128 Mainz,
(06131) 3310 20;
FB Rechtswissenschaft,
Universität Frankfurt,
Postfach 11 19 32,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 7982 2703,
E-Mail Ebsen@jur.uni-frankfurt.de

Eckhoff, Dr. Rolf, Professor,
Bornwiesweg 37,
65388 Schlangenbad-Georgenborn,
(06129) 4893 70,
Fax (06129) 4893 72;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Finanz- und Steuerrecht,
Universitätsstr. 31, 93040 Regensburg,
(0941) 943 2656/57,
Fax (0941) 943 1974,
E-Mail Rolf.Eckhoff@jura.
uni-regensburg.de

Edenharter, PD. Dr. Andrea,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universität Regensburg,
Universitätsstraße 31, 93053 Regensburg,
(0941) 943 4283
E-Mail Andrea.Edenharter@jura.
uni-regensburg.de

Egli, Dr. Patricia, LL.M. (Yale),
Privatdozentin, Lehrbeauftragte an der
Universität St. Gallen,
Meienbergstr. 65, CH-8645 Jona,
(0041) 79768 9465,
E-Mail patricia.egli@unisg.ch

Ehlers, Dr. Dirk, Professor,
Am Mühlenbach 14, 48308 Senden,
(02597) 8415;
Zentrum für öffentliches Wirtschaftsrecht,
Westfälische Wilhelms-Universität
Münster,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(0251) 83-21906,
Fax (0251) 83-28315
E-Mail ehlersd@uni-muenster.de

Ehrenzeller, Dr. Bernhard, o. Professor,
Kirchlistraße 36a, CH-9010 St. Gallen;
Institut für Rechtswissenschaft und
Rechtspraxis (IRP-HSG),
Bodanstr. 4, CH-9000 St. Gallen,
(0041) 71-224 2440 oder -46,
Fax (0041) 71-224 2441,
E-Mail Bernhard.Ehrenzeller@unisg.ch

Eifert, Dr. Martin, LL.M. (Berkeley),
Professor,
Amalienpark 8, 13187 Berlin;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Verwaltungsrecht,
Postanschrift: Unter den Linden 6,
10099 Berlin,
Sitz: Gouverneurshaus, Raum 303,
Unten den Linden 11, Berlin-Mitte,
(030) 2093 3620,
Fax (030) 2093 3623,
E-Mail martin.eifert@rewi.hu-berlin.de

Eisenberger, Iris, Univ.-Prof. Dr.,
Universität für Bodenkultur Wien,
Institut für Rechtswissenschaften,
Feistmantelstraße 4, A-1180 Wien,
(+43) 1 47654-73600,
E-Mail iris.eisenberger@boku.ac.at

Eisenmenger, Dr. Sven, Professor,
Hochschule in der Akademie der Polizei
Hamburg/University of Applied Sciences,
Forschungsstelle Europäisches und Deutsches Sicherheitsrecht (FEDS),
Professur für Öffentliches Recht,
Carl-Cohn-Straße 39, Block III,
Raum EG 6,

D-22297 Hamburg,
+49 (0) 40/4286-24433
E-Mail sven.eisenmenger@polizei-studium.org

Ekardt, Dr. Felix, LL.M., M.A., Professor,
Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik,
Könneritzstraße 41, 04229 Leipzig,
Tel. + Fax (0341) 9260 883;
Ostseeinstitut für Seerecht, Umweltrecht und Infrastrukturrecht, Juristische Fakultät,
Universität Rostock,
Richard-Wagner-Straße 31, 18119 Rostock,
Tel. + Fax (0341) 9260 883,
E-Mail felix.ekardt@uni-rostock.de

Elicker, Dr. Michael, Professor,
Dunzweiler Straße 6, 66564 Ottweiler,
(06858) 6998 53,
Fax (06858) 6998 53;
Universität des Saarlandes,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Wirtschafts-, Finanz- u. Steuerrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Im Stadtwald, 66123 Saarbrücken,
(0681) 302-2104,
Fax (0681) 302-4779,
E-Mail m.elicker@gmx.de

Emmerich-Fritsche, Dr. Angelika,
Privatdozentin,
Hornschuchpromenade 17, 90762 Fürth,
(0911) 7066 60;
E-Mail info@emmerich-fritsche.de

Enders, Dr. Christoph,
Universitätsprofessor,
Prellerstraße 1A, 04155 Leipzig,
(0341) 564 3371,
Fax (0341) 564 3372;
Universität Leipzig, Juristenfakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staats- und Verfassungslehre,
Burgstr. 21, 04109 Leipzig,
(0341) 9735 350,
Fax (0341) 97 35359,
E-Mail chenders@rz.uni-leipzig.de

Engel, Dr. Christoph, Professor,
Königsplatz 25, 53173 Bonn,
(0228) 956 3449, Fax (0228) 956 3944;
Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern,
Kurt-Schumacher-Straße 10, 53113 Bonn,
(0228) 914 16-10,
Fax (0228) 914 16-11,
E-Mail engel@coll.mpg.de

Engels, Dr. Andreas, Privatdozent,
Peter-von-Fliesteden-Str. 23, 50933 Köln,
E-Mail a.engels@gmx.de;
Universität zu Köln, Institut für Staatsrecht,
Albertus Magnus Platz, 50923 Köln,
(0221) 470-4359,
Fax (0221) 470-5075,
E-Mail andreas.engels@uni-koeln.de

Englisch, Dr. Joachim, Professor,
Nettelbeckstr. 11, 40477 Düsseldorf,
(0211) 4165 8735,
E-Mail jo.e@gmx.de;
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(0251) 83-2 2795,
Fax (0251) 83-2 8386,
E-Mail jengl_01@uni-muenster.de

Ennöckl, Dr. Daniel, LL.M.
Universität Wien,
Institut für Staats-und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 1 4277-35454,
Fax (0043) 1 4277-35459
E-Mail daniel.ennoeckl@univie.ac.at

Ennuschat, Dr. Jörg, Professor,
Kranenbergerstr. 78, 58452 Witten,
(02302) 39 00 28;
Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für

Öffentliches Recht, insbes. Verwaltungsrecht
Universitätsstr. 150, 44801 Bochum
(0234) 3225275,
Fax (0234) 3214282
E-Mail Joerg.Ennuschat@rub.de

Epiney, Dr. Astrid, Professorin,
Avenue du Moléson 18, CH-1700 Fribourg,
(0041) 26-323 4224;
Universität Fribourg i.Ue./CH,
Lehrstuhl für Europa-, Völker- und Öffentliches Recht,
Av. de Beauregard 11, CH-1700 Fribourg,
(0041) 26-300 8090,
Fax (0041) 26-300 9776,
E-Mail Astrid.Epiney@unifr.ch

Epping, Dr. Volker, Professor,
Neddernwanne 38, 30989 Gehrden,
(05108) 9126 97;
Leibniz Universität Hannover,
Juristische Fakultät,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 762 82 48/49,
Fax (0511) 762 82 52,
E-Mail epping@jura.uni-hannover.de

Erbel, Dr. Günter, Professor,
Bornheimer Straße 106, 53111 Bonn

Erbguth, Dr. Wilfried, Professor,
Friedrich-Franz-Str. 38, 18119 Rostock-Warnemünde,
(0381) 548 6709,
Fax (0381) 548 6715;
Universität Rostock, Juristische Fakultät,
Richard-Wagner-Str. 31 (Haus 1),
18119 Rostock-Warnemünde,
(0381) 498 8211,
Fax (0381) 498 8212,
E-Mail wilfried.erbguth@uni-rostock.de

Erichsen, Dr. Hans-Uwe, o. Professor,
Falkenhorst 17, 48155 Münster,
(0251) 313 12;
Kommunalwissenschaftliches Institut,
Universität Münster,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(0251) 8327 41,
E-Mail erichse@uni-muenster.de

Ernst, Dr. Christian, Privatdozent,
Barmbeker Straße 163, 22299 Hamburg,
0163 / 5703075,
Bucerius Law School,
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg,
(040) 3 07 06-204,
Fax (040) 3 07 06-195,
E-Mail christian.ernst@law-school.de

Errass, Dr. Christoph, Professor,
Titularprofessor für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen
Schweizerisches Bundesgericht,
Av. du Tribunal-fédéderal 29,
CH-1000 Lausanne 14,
(+41) 21 318 9111,
E-Mail christoph.errass@unisg.ch

Faber, Dr. Angela, apl. Professorin,
Am Beller Weg 65, 50259 Pulheim
(02234) 64370
E-Mail mail@angelafaber.de;
Dezernentin für Schule und Integration beim Landschaftsverband Rheinland,
Kennedy-Ufer 2, 50679 Köln,
(0221) 809-6219,
E-Mail angela.faber@lvr.de

Faber, Dr. Heiko, em. Professor;
Universität Hannover,
Bevenser Weg 10, Haus III A,
30625 Hannover,
(0511) 54045069,
E-Mail faber@jura.uni-hannover.de

Faßbender, Dr. Bardo, LL.M. (Yale),
Universitätsprofessor,
Universität St. Gallen, Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches Recht,

Tigerbergstraße 21,
CH-9000 St. Gallen / Schweiz,
(0041) 71 224 2836,
Fax (0041) 71 224 2162
E-Mail bardo.fassbender@unisg.ch

Faßbender, Dr. Kurt, Professor,
Pölitzstr. 25, 04155 Leipzig,
(0341) 582 0118;
Universität Leipzig, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Umwelt- und Planungsrecht,
Burgstraße 21, 04109 Leipzig,
(0341) 9735-131,
Fax (0341) 9735-139,
E-Mail fassbender@uni-leipzig.de

Fastenrath, Dr. Ulrich, Professor,
Liliensteinstraße 4, 01277 Dresden,
(0351) 25405 36;
Juristische Fakultät der TU Dresden,
Bergstr. 53, 01069 Dresden,
(0351) 4633-7333,
Fax (03 51) 4633-7213,
E-Mail fastenrath@jura.tu-dresden.de

Fechner, Dr. Frank, Professor,
TU Ilmenau,
Institut für Rechtswissenschaft,
Postfach 100 565, 98684 Ilmenau,
(03677) 69-4022,
E-Mail Frank.Fechner@tu-ilmenau.de

Fehling, Dr. Michael, LL.M. (Berkeley), Professor,
Farmsener Landstr. 39 B,
22359 Hamburg,
(040) 6095 1465;
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft,
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg,
Postfach 30 10 30,
(040) 307 06-231,
Fax (040) 307 06-235,
E-Mail michael.fehling@law-school.de

Feik, Dr. Rudolf, ao. Univ.-Prof.,
Hans-Sperl-Straße 7, A-5020 Salzburg,
(0043) 6 76 73 04 33 74;
Universität Salzburg, Fachbereich Öffentliches Recht,
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(0043) 662 8044 36 03,
Fax (0043) 662 8044 3629,
E-Mail rudolf.feik@sbg.ac.at

Felix, Dr. Dagmar, Professorin,
An den Fischteichen 47, 21227 Bendestorf,
(04183) 50 0667,
Fax (04183) 5007 29;
Universität Hamburg, Öffentliches Recht und Sozialrecht,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
(040) 428 38-2665,
Fax (040) 42838-2930,
E-Mail dagmar.felix@jura.uni-hamburg.de

Fetzer, Dr. Thomas, LL.M., Professor,
Lehrstuhl für öffentliches Recht und Steuerrecht, Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre,
Abt. Rechtswissenschaft
Universität Mannheim, 68131 Mannheim;
(0621) 1811 438,
E-Mail lsfetzer@mail.uni-mannheim.de

Fiedler, Dr. Wilfried, o. Professor,
Am Löbel 2, 66125 Saarbrücken-Dudweiler,
(06897) 7664 01;
Forschungsstelle Internationaler Kulturgüterschutz,
Universität des Saarlandes, Gebäude 16,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(0681) 302-3200,
Fax (0681) 302-4330,
E-Mail w.fiedler@mx.uni-saarland.de

Fink, Dr. Udo, Univ. -Professor,
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,

55099 Mainz,
(06131) 392 2384,
E-Mail pfink@uni-mainz.de

Finke, Dr. Jasper, Professor, LL.M.,
Klixstraße 4, 10823 Berlin,
Bucerius Law School,
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg,
(040) 3 07 06-258, (040) 3 07 06-145,
E-Mail jasper.finke@law-school.de

Fisahn, Dr. Andreas, Professor,
Grüner Weg 83, 32130 Enger;
Universität Bielefeld, Fakultät
für Rechtswissenschaft,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(0521) 106-4384,
E-Mail andreas.fisahn@uni-bielefeld.de

Fischer, Dr. Kristian, Privatdozent,
Deidesheimer Str. 52, 68309 Mannheim,
(0621) 73 8245;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Steuerrecht, Universität Mannheim,
Schloss Westflügel, 68131 Mannheim,
(0621) 181-1435,
Fax (0621) 181-1437,
E-Mail kfischer@jura.uni-mannheim.de

Fischer-Lescano, Dr. Andreas, LL.M.
(EUI, Florenz), Professor,
Hobrechtsstr. 48, 12047 Berlin;
Zentrum für Europäische Rechtspolitik
(ZERP), Universität Bremen,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Universitätsallee GW 1, 28359 Bremen,
(0421) 218 66 222,
Fax (0421) 218 66 230,
E-Mail fischer-lescano@zerp.
uni-bremen.de

Fleiner, Dr. Dr. h.c. Thomas, o. Professor,
rte. Beaumont 9, CH-1700 Fribourg,
(0041) 26-4 24 66 94,
Fax (0041) 26-4 24 66 89;
Institut für Föderalismus,
Universität Fribourg,
Route d' Englisberg 7,
CH-1763 Granges-Paccot,
(0041) 26-3 00 81 25 oder -28,
Fax (0041) 26-3 00 97 24,
E-Mail Thomas.Fleiner@unifr.ch

Folz, Dr. Hans-Peter, Universitätsprofessor,
Klosterwiesgasse 31, A-8010 Graz;
Institut für Europarecht/Department of
European Law, Karl-Franzens-Universität
Graz, RESOWI-Zentrum,
Universitätsstr. 15/C 1, A-8010 Graz,
(0043) 316-380 3625,
Fax (0043) 316-380 9470,
E-Mail hans-peter.folz@uni-graz.at

Fraenkel-Haeberle, Dr. Cristina,
apl. Professorin,
Benzstraße 11, 67346 Speyer,
(06232) 3126629, Mobil (0162) 3185295;
Programmbereichskoordinatorin,
Deutsches Forschungsinstitut für öffentli-
che Verwaltung Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Straße 2, 67346 Speyer,
(06232) 654-384,
Fax (06232) 654-290,
E-Mail fraenkel-haeberle@foev-speyer.de

Frank, Dr. Dr. h.c. Götz, Professor,
Cäcilienplatz 4, 26122 Oldenburg,
(04 41) 7 56 89;
Carl von Ossietzky Universität Oldenburg,
Juristisches Seminar,
Öffentliches Wirtschaftsrecht,
26111 Oldenburg,
Paketanschrift: Ammerländer Heerstraße
114–118, 26129 Oldenburg,
(0441) 798-4143,
Fax (0441) 798-4151,
E-Mail Goetz.Frank@uni-oldenburg.de

Frankenberg, Dr. Dr. Günter, Professor,
Buchrainweg 17, 63069 Offenbach;
Institut für Öffentliches Recht, Goethe-
Universität Frankfurt, Rechtswissenschaft,

Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 7983 4-270 oder -269,
E-Mail Frankenberg@jur.uni-frankfurt.de

Franzius, Dr. Claudio, Professor,
Dürerstr. 8, 22607 Hamburg,
(040) 46776382;
Universität Bremen,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Universitätsallee GW 1, 28359 Bremen,
(0421) 218-66100
E-Mail franzius@uni-bremen.de

Fremuth, Dr. Michael Lysander,
Privatdozent,
Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität zu Köln,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(+ 49) 221 470 2666,
Fax +49 221 470 4968,
E-Mail mfremuth@uni-koeln.de

Frenzel, Dr. Eike M., Privatdozent,
Institut für Öffentliches Recht, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Postfach, 79085 Freiburg i. Br.,
(0761) 203-2252,
Fax (0761) 203-2293,
E-Mail eike.frenzel@jura.uni-freiburg.de

Fromont, Dr. Dr. h.c. mult. Michel,
Professor,
12, Boulevard de Port Royal, F-75005 Paris,
(0033) 1 45 35 73 71,
E-Mail Fromont.michel@wanadoo.fr

Frotscher, Dr. Werner, Professor,
Habichtstalgasse 32, 35037 Marburg/Lahn,
(06421) 3 29 61;
Universität Marburg,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg/Lahn,
(06421) 28-231 22/1 26 (Sekr.),
Fax (06421) 282-38 40,
E-Mail w.Frotscher@staff.uni-marburg.de

Frowein, Dres. h.c. Jochen Abr.,
o. Professor,
Blumenthalstr. 53,
69120 Heidelberg,
(06221) 4746 82,
Fax (06221) 4139 71;
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535,
69120 Heidelberg,
(06221) 482-258,
Fax (06221) 482-603,
E-Mail frowein@mpil.de

Frye, Dr. Bernhard, Richter am Finanzgericht, Privatdozent,
(0361) 346 21 04;
Thüringer Finanzgericht,
Bahnhofstr. 3 a, 99867 Gotha,
(03621) 432-221, -235,
Fax (03621) 432-199,
E-Mail b.frye@gmx.de

Führ, Dr. Martin, Professor,
Rostockerstr. 17,
63303 Dreieich/Sprendlingen,
(06103) 9366 17,
Fax (06103) 9366 19;
Fachhochschule Darmstadt,
Haardtring 100, 64295 Darmstadt,
E-Mail fuehr@sofia-darmstadt.de

Funk, Dr. Bernd-Christian,
em. o. Professor,
Franz-Graßler-Gasse 23, A-1230 Wien,
(0033) 1 45 35 73 71,
Fax (0043) 1889 2935;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Universität Wien,
Juridicum, Schottenbastei 10–16,
A-1010 Wien,
E-Mail bernd-christian.funk@univie.ac.at

Funke, Dr. Andreas, Professor,
Kochstraße 21, 91054 Erlangen,
(09131) 829 0597;
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Schillerstraße 1, 91054 Erlangen,
(09131) 85-22820,
Fax (09131) 85-26381,
E-Mail andreas.funke@fau.de

Gächter, Dr. Thomas, Professor,
Ausserdorferstr. 12g, CH-8052 Zürich,
(0041) 13 63 37 24;
Universität Zürich,
Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht,
Rechtswissenschaftliches Institut
Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich,
(0041) 446 3430 62,
E-Mail thomas.gaechter@rwi.uzh.ch

Gärditz, Dr. Klaus Ferdinand, Professor,
Kastanienweg 48, 53177 Bonn;
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Institut für Öffentliches Recht,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 73-9176,
E-Mail gaerditz@jura.uni-bonn.de

Galetta, Dr. Diana-Urania, LL.M.,
Professorin,
Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale,
Via Festa del Perdono 7, I-20122 Milano,
(0039) 02-503 12590,
Fax (0039) 02-503 12546,
E-Mail diana.galetta@unimi.it

Gallwas, Dr. Hans-Ullrich,
Universitätsprofessor,
Hans-Leipelt-Str. 16, 80805 München,
(0170) 216 72 08;
Obermaisperg, 84323 Massing,
(08724) 1386,
Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
E-Mail hu-gallwas@t-online.de

Gamper, Dr. Anna, Univ.-Prof.,
Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre,
Innrain 52d, A-6020 Innsbruck,
(0043) 5125 07-82 24,
Fax (0043) 5125 07-28 28,
E-Mail Anna.Gamper@uibk.ac.at

Gassner, Dr. Ulrich M., Mag.rer.publ.,
M.Jur. (Oxon), Professor,
Scharnitzer Weg 9, 86163 Augsburg,
(0821) 632 50,
E-Mail ugassner@web.de;
Universität Augsburg,
Universitätsstr. 2, 86135 Augsburg,
(0821) 598-45 46,
Fax (0821) 598-45 47,
E-Mail Ulrich.Gassner@jura.uni-augsburg.de

Geis, Dr. Max-Emanuel, o. Professor,
Valentin-Rathgeber-Str. 1, 96049 Bamberg,
(0951) 5193-305 oder -306,
Fax (0951) 5193-308;
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(09131) 852 2818,
Fax (09131) 852 6382,
E-Mail max-emanuel.geis@jura.uni-erlangen.de

Gellermann, Dr. Martin, apl. Professor,
Schlesierstraße 14, 49492 Westerkappeln,
(05404) 2047,
Fax (05404) 9194 75;
Universität Osnabrück, Fachbereich Rechtswissenschaften,
49069 Osnabrück,
(05404) 9196 95,
E-Mail M.Gellermann@t-online.de

Germann, Dr. Michael, Professor,
Rathenauplatz 13, 06114 Halle,
(0345) 523 8932;
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Staatskirchenrecht und Kirchenrecht,
Universitätsplatz 5, 06108 Halle,
(0345) 55-232 20,
Fax (0345) 55-276 74,
E-Mail Germann@jura.uni-halle.de

Germelmann, Dr. Claas Friedrich, LL.M.
(Cantab.), Universitätsprofessor,
Leibniz Universität Hannover, Juristische
Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Europarecht,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 762 8186,
Fax (0511) 762 8173,
E-Mail LS.Germelmann@jura.
uni-hannover.de

Gersdorf, Dr. Hubertus, Professor,
Alte Leipziger Str. 10, 10117 Berlin,
(030) 2061 9661,
Fax (030) 2061 9662;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungs-
sowie Medienrecht,
Universität Leipzig, Burgstraße 21,
04109 Leipzig,
0341 97-35 191,
Fax 0341 97-35 199,
E-Mail hubertus.gersdorf@uni-leipzig.de

Giegerich, Dr. Thomas, Professor, LL.M.
(Virginia),
In den Weiden 33, 66440 Blieskastel;
Lehrstuhl Für Europarecht, Völkerrecht
und Öffentliches Recht, Chair of EU Law,
Public International Law and Public Law,
Europa-Institut der Universität des Saar-
landes, Institute of European Studies,
Saarland University,
Postfach 15 11 50,
66041 Saarbrücken,
(0681) 302 3280 (od. -3695 Sekr.),
Fax (0681) 302 4879
E-Mail t.giegerich@mx.uni-saarland.de

Glaser, Dr. Andreas, Professor,
Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und
Europarecht unter besonderer
Berücksichtigung von Demokratiefragen,
Universität Zürich, Rechtswissenschaftli-
ches Institut,
Rämistrasse 74/14, CH-8001 Zürich
E-Mail andreas.glaser@rwi.uzh.ch

Görisch, Dr. Christoph, Prof.,
Von-Weber-Straße 21, 48291 Telgte,
02504/9289548;
Fachhochschule für öffentliche Verwaltung
NRW,
Nevinghoff 8/10, 48147 Münster,
E-Mail christoph.goerisch@fhoev.nrw.de

Goerlich, Dr. Dr. h.c. Helmut, Professor,
Universität Leipzig, Institut für Staats- und
Verwaltungsrecht,
Burgstr. 27, 04109 Leipzig,
(0341) 97-351 71,
Fax (0341) 97-351 79,
E-Mail helmut.goerlich@gmx.de

Goldhammer, Dr. Michael, Privatdozent,
LL.M. (Michigan),
Universität Bayreuth, RW – Lehrstuhl für
Öffentliches Recht IV, 95440 Bayreuth
(0921) 55 6261,
Fax (0921) 55 6262,
E-Mail goldhamm@umich.edu

Götz, Dr. Volkmar, o. Professor,
Geismarlandstr. 17a, 37083 Göttingen,
(0551) 4 31 19;
Universität Göttingen, Abt. Europarecht
des Instituts für Völkerrecht,
Platz der Göttinger Sieben 5,
37073 Göttingen,
(0551) 39-47 61,
Fax (0551) 39-2196,
E-Mail europa@uni-goettingen.de

Gornig, Dr. Dr. h.c. mult. Gilbert, Professor,
Pfarracker 4, 35043 Marburg-Bauerbach,
(06421) 1635 66,
Fax (06421) 1637 66;
Institut für Öffentliches Recht,
Universität Marburg,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(06421) 282 3131 oder 28-3127,
Fax (06421) 282 3853,
E-Mail Gornig@voelkerrecht.com

Grabenwarter, Dr. Dr. Christoph,
Universitätsprofessor,
Institut für Europarecht und Internationales
Recht, Wirtschaftsuniversität Wien,
Welthandelsplatz 1 / Gebäude D3,
A-1020 Wien,
(0043) 1313 36-4423,
Fax (0043) 1313 36-9205;
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs,
Verfassungsgerichtshof, Freyung 8,
A-1010 Wien,
(0043) 1531 22-1394,
E-Mail sekretariat.grabenwarter@wu.ac.at

Gramlich, Dr. Ludwig, Professor,
Justus-Liebig-Str. 38 A, 64839 Münster;
Fakultät für Wirtschaftswissenschaften,
TU Chemnitz-Zwickau,
Postfach 9 64, 09009 Chemnitz,
(0371) 531 4164, -65,
Fax (0371) 531 3961,
E-Mail l.gramlich@wirtschaft.
tu-chemnitz.de

Graser, Dr. Alexander, Professor,
Brennereistraße 66, 85662 Hohenbrunn,
(08102) 7788 55;
Universität Regensburg, Fakultät für
Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für
Öffentliches Recht und Politik,
Universitätsstraße 31, 93053 Regensburg,
(0941) 943-5760,
Fax (0941) 943-5771,
E-Mail Alexander.Graser@jura.
-uni-regensburg.de

Grawert, Dr. Dr. h.c. Rolf, o. Professor,
Aloysiusstrasse 28, 44795 Bochum,
(0234) 4736 92,
Fax (0234) 516 91 36;
Ruhr-Universität Bochum, Juristische
Fakultät,
Universitätsstrasse 150, GC 8/59,
44721 Bochum,
(0234) 3222 5265,
Fax (0234) 321 4236,
E-Mail Rolf.Grawert@ruhr-uni-bochum.de

Grewe, Dr. Dr. h.c. Constance,
Universitätsprofessorin,
55 Bd de la Vilette, BP 132, F-75015 Paris;
Université de Strasbourg, Faculté de droit,
1 Place d'Athénes, BP 66,
F-67045 Strasbourg Cedex
E-Mail Constance.Grewe@orange.fr

Grigoleit, Dr. Klaus Joachim,
Universitätsprofessor,
Eisenacher Str. 65, 10823 Berlin;
TU Dortmund, Fakultät Raumplanung,
Fachgebiet Raumplanungs- und Umwelt-
recht,
August-Schmidt-Straße 10,
44227 Dortmund,
(0231) 755 32 17,
Fax (0231) 755 34 24,
E-Mail klaus.grigoleit@tu-dortmund.de

Griller, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,
Hungerbergstr. 11–13, A-1190 Wien,
(0043) 132 24 05;
Europainstitut, Wirtschaftsuniversität Wien,
Althanstr. 39–45, A-1090 Wien,
(0043) 1313 36-41 35 oder 41 36,
Fax (0043) 1313 36-7 58,
E-Mail Stefan.Griller@wu-wien.ac.at

Grimm, Dr. Dr. h.c. mult., Dieter, LL.M.
(Harvard),
o. Professor (em.),
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät,

Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3566,
Fax (030) 2093-3578;
Wissenschaftskolleg zu Berlin,
Institute for Advanced Study,
Wallotstr. 19, 14193 Berlin,
(030) 89001-0 (Zentrale), (030) 89001-124,
Fax (030) 89001-1 00,
E-Mail grimm@wiko-berlin.de

Gröpl, Dr. Christoph, Professor,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(0681) 302-3200,
Fax (0681) 302-4330,
E-Mail groepl@mx.uni-saarland.de

Gröschner, Dr. Rolf, o. Professor,
Stormstr. 39, 90491 Nürnberg,
(0911) 591 408,
E-Mail rolf.groeschner@t-online.de

Groh, Dr. Kathrin, Universitätsprofessorin,
Arcisstraße 61, 80801 München;
Fakultät für Staats- und Sozialwissenschaf-
ten, Institut für öffentliches Recht,
Universität der Bundeswehr München,
Werner-Heisenberg-Weg 39,
85577 Neubiberg,
(089) 6004 3864,
E-Mail kathrin.groh@unibw.de

Gromitsaris, Dr. Athanasios, Privatdozent,
E-Mail gromitsaris@hotmail.com;
Juristische Fakultät,
Technische Universität Dresden,
01062 Dresden,
(0351) 46337364,
E-Mail katrin.boerner@tu-dresden.de

Groß, Dr. Thomas, Professor,
Schreberstr. 19, 49080 Osnabrück;
Universität Osnabrück, European Legal
Studies Institute,
Süsterstr. 28, 49069 Osnabrück,
(0541) 969-4500,
E-Mail thgross@uni-osnabrueck.de

Grote, Dr. Rainer, LL.M. (Edinburgh),
Privatdozent,
Im Sand 3A, 69115 Heidelberg,
(06221) 1643 46,
Fax (06221) 9147 35;
Max-Planck-Institut für ausländisches
öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535,
69120 Heidelberg,
(06221) 4822 44,
Fax (06221) 4822 88,
E-Mail rgrote@mpil.de

Grupp, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Stephanieufer 5, 68163 Mannheim,
(0621) 8221 97,
Fax (06 21) 8221 97

Grzeszick, Dr. Bernd, LL.M. (Cambridge),
Professor,
Schumannstr. 9, 53113 Bonn,
0228-9268869,
Universität Heidelberg, Institut für
Öffentliches Recht, Verfassungslehre und
Rechtsphilosophie,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg,
(06221) 547432
E-Mail Grzeszik@web.de

Guckelberger, Dr. Annette, Professorin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(0681) 302-5 7401,
E-Mail a.guckelberger@mx.uni-saarland.de

Gundel, Dr. Jörg, Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Völker- und Europarecht,
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth,

(0921) 55-6250,
E-Mail joerg.gundel@uni-bayreuth.de

Gurlit, Dr. Elke, Universitätsprofessorin,
Rüdesheimer Straße 18, 65197 Wiesbaden,
(0611) 137 5125 oder (0179) 592 2215;
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaft,
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,
(06131) 392 31 14,
Fax (06131) 392 4059,
E-Mail gurlit@uni-mainz.de

Gusy, Dr. Christoph, Professor,
Wendischhof 14, 33619 Bielefeld,
(0521) 967 7967;
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,
(0521) 10643 97,
Fax (0521) 106 8061,
E-Mail christoph.gusy@uni-bielefeld.de

Haack, Dr. Stefan, Professor,
Europa-Universität Viadrina,
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Staatsrecht,
Große Scharrnstraße 59,
15230 Frankfurt (Oder)
(0335) 5534 2265
E-Mail haack@europa-uni.de

Häberle, Dr. Dr. h.c. mult. Peter, o. Professor, Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht, Universität Bayreuth,
Universitätsstraße 30, Postfach,
95440 Bayreuth,
(0921) 5570 88,
Fax (0921) 5570 99,
E-Mail Peter.Haeberle@uni-bayreuth.de

Häde, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,
Lennéstraße 15, 15234 Frankfurt (Oder),
(0335) 685 7438;
Europa-Universität Viadrina, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht, Finanzrecht und Währungsrecht,
Postfach 17 86, 15207 Frankfurt/Oder,
Hausanschrift: Große Scharrnstr. 59,
15230 Frankfurt (Oder),
(0335) 5534-2670,
Fax (0335) 5534-2525,
E-Mail haede@europa-uni.de

Haedrich, Dr. Martina, Professorin,
Im Ritzetal 20, 07749 Jena,
(03641) 4485 25,
Fax (03641) 4444 14;
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Friedrich-Schiller-Universität,
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,
(03641) 9422 15,
Fax (036 41) 942 002,
E-Mail m.haedrich@recht.uni-jena.de

Hänni, Dr. Peter, o. Professor,
Stadtgraben 6, CH-3280 Murten,
(0041) 26-670 5815;
Universität Freiburg, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät
Universität Freiburg,
Av. Beauregard 1, CH-1700 Freiburg,
(+41) 26 300 81 47
E-Mail Peter.Haenni@ifr.ch

Härtel, Dr. Ines, Professorin,
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Verwaltungs-, Europa-, Umwelt-, Agrar- und Ernährungswirtschaftsrecht,
Große Scharrnstraße 59,
15230 Frankfurt (Oder),
(0335) 55 34-2227/ -2222,
Fax -2418
E-Mail Ls-Haertel@europa-uni.de

Hafner, Dr. Felix, Professor,
Hirzbrunnenschanze 67, CH-4058 Basel,

(0041) 61-691 4064;
Universität Basel, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel,
(0041) 612 6725 64,
Fax (0041) 612 6707 95,
E-Mail Felix.Hafner@unibas.ch

Hailbronner, Dr. Kay, o. Professor,
Toggenbühl, CH-8269 Fruthwilen,
(0041) 71-6 6419 46,
Fax (0041) 71-6 6416 26;
Universität Konstanz, Universitätsstr. 10,
78457 Konstanz,
(07531) 88 2247,
E-Mail Kay.Hailbronner@uni-konstanz.de

Hain, Dr. Karl-E., Professor,
Herrenstr. 10, 57627 Hachenburg,
(02662) 9420 64;
Universität zu Köln,
Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht,
Aachener Str. 197-199, 50931 Köln,
(0221) 285 56-112,
Fax (0221) 285 56-122,
E-Mail haink@uni-koeln.de

Haller, Dr. Herbert, Universitätsprofessor,
Felix-Mottl-Str. 48, Haus 2, A-1190 Wien,
(0043) 1368 0568,
ehemals Wirtschaftsuniversität Wien und Mitglied des österreichischen Verfassungsgerichtshofs
E-Mail r.haller@verkehrt.info

Haller, Dr. Walter, o. Professor,
Burgstrasse 264, CH-8706 Meilen,
(0041) 449 2310 14;
E-Mail w-haller@bluewin.ch

Haltern, Dr. Ulrich, LL.M. (Yale),
Universitätsprofessor,
Bölschestr. 2, 30173 Hannover,
(0511) 357 6259;
Institut für Öffentliches Recht I,
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
79085 Freiburg,
(0761) 203-2251,
Fax (0761) 203-2234,
E-Mail ioeffr1@jura.uni-freiburg.de

Hammer, Dr. Felix, apl. Professor,
Gelber Kreidebusen 33/5,
72108 Rottenburg;
Justitiar und Kanzler der Diözese Rottenburg-Stuttgart, Bischöfliches Ordinariat,
Eugen-Bolz-Platz 1, 72108 Rottenburg,
(07472) 1693 61,
Fax (07472) 1698 3361,
E-Mail kanzler@bo.drs.de

Hammer, Dr. Stefan, Univ.-Doz.,
Anton Frank-Gasse 17, A-1180 Wien,
(0043) 1470 5976;
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 14277-354 65,
Fax (0043) 142 77-354 69,
E-Mail stefan.hammer@univie.ac.at

Hanschel, Dr. Dirk, Universitätsprofessor
Viktor-Scheffel-Str. 7, 06114 Halle (Saale)
(0151) 17753370
Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 3–5, 06108 Halle (Saale)
(0345) 55 23170,
Fax (0345) 55 27269
E-Mail dirk.hanschel@jura.uni-halle.de

Hanschmann, Dr. Felix, Prof.,
Franz-Rücker-Allee 43,
60487 Frankfurt am Main;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verfassungsrecht, und Rechtsphilosophie,
Postanschrift: Unter den Linden 6,

10099 Berlin,
(030) 20 93-35 85,
Fax (030) 20 93-35 52
E-Mail felix.hanschmann@rewi.
hu-berlin.de

Haratsch, Dr. Andreas,
Universitätsprofessor,
Berliner Straße 18c, 58313 Herdecke,
(0 23 30) 92 67 13;
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches
Verfassungs- und Verwaltungsrecht
sowie Völkerrecht,
FernUniversität in Hagen,
Universitätsstraße 21, 58084 Hagen,
(02331) 987-2877 oder -4389,
Fax (02331) 987-324,
E-Mail Andreas.Haratsch@fernuni-
hagen.de

Hartmann, Dr. Bernd J., LL.M.(Virginia),
Professor,
Universität Osnabrück, Institut für Kom-
munalrecht und Verwaltungswissenschaf-
ten, Professur für Öffentliches Recht,
Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissen-
schaften,
Martinistr. 12, 49078 Osnabrück,
(0541) 969-6099,
Fax (0541) 969-6082,
E-Mail bernd.hartmann@uni-
osnabrueck.de

Hase, Dr. Friedhelm, Professor,
Bandelstraße 10 b, 28359 Bremen,
(0421) 2427 8440;
Universität Bremen,
Fachbereich 6, Rechtswissenschaft,
Universitätsallee, 28359 Bremen,
(0421) 218-66 010,
Fax (0421) 218-66 052,
E-Mail fhase@uni-bremen.de

Hatje, Dr. Armin, Professor,
Universität Hamburg,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Abteilung Europarecht,
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
(040) 428 38-3046,
Fax (040) 428 38-4367,
E-Mail armin.hatje@jura.uni-hamburg.de

Hauer, Dr. Andreas, Professor
Burgweg 12, A-4225 Luftenberg
(0664) 73757319,
Johannes Kepler Universität Linz,
Institut für Verwaltungsrecht und
Verwaltungslehre,
Altenberger Straße 69, A-4040 Linz
(0732) 2469 8490
E-Mail andreas.hauer@jku.at

Hebeler, Dr. Timo, Professor,
Universität Trier, Professur für
Öffentliches Recht,
54286 Trier,
(0651) 2012 588,
E-Mail hebeler@uni-trier.de

Heckel, Dr. iur. Dr. theol. h.c. Martin,
o. Universitätsprofessor,
Lieschingstr. 3, 72076 Tübingen,
(07071) 614 27

Hecker, Dr. Jan, LL.M. (Cambridge),
apl. Professor,
Richter am Bundesverwaltungsgericht,
Hohenheimer Straße 26, 13465 Berlin,
(0176) 2329 2826;
Bundesverwaltungsgericht,
Simsonplatz 1, 04107 Leipzig,
(0341) 2007–2065,
Bundeskanzleramt,
Willy-Brandstraße 1, 10557 Berlin
E-Mail Jan.Hecker@bk.bund.de

Heckmann, Dr. Dirk, Universitätsprofessor,
stv. Mitglied des Bayerischen Verfassungs-
gerichtshofs,
Schärdinger Straße 11e, 94032 Passau,
(0851) 7538 83,
Fax (0851) 490 5820;

Universität Passau, Ordinarius für
Internet- und Sicherheitsrecht,
Innstraße 40, 94032 Passau,
(0851) 509-2290,
Fax (0851) 509-2292,
E-Mail Heckmann@uni-passau.de

Heinig, Dr. Hans Michael, Professor,
Rote Reihe 5, 30169 Hannover
(0511) 26257865
Universität Göttingen, Lehrstuhl für
Öffentliches Recht, insb. Kirchen- und
Staatskirchenrecht,
Goßlerstr. 11, 37073 Göttingen,
(0551) 39-1 0602,
Fax (0551) 39-1 0607,
E-Mail ls.heinig@jura.uni-goettingen.de

Heintschel von Heinegg, Dr. Wolff,
Professor,
Europa-Universität Viadrina,
Frankfurt (Oder),
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.
Völkerrecht, Europarecht und
ausländisches Verfassungsrecht,
August-Bebel-Str. 12,
15234 Frankfurt (Oder),
(0335) 5534-2916,
Fax (0335) 5534-72914
E-Mail heinegg@europa-uni.de

Heintzen, Dr. Markus, Professor,
Freie Universität Berlin, Fachbereich
Rechtswissenschaft,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(030) 838-524 79,
E-Mail Heintzen@zedat.fu-berlin.de

Heißl, Gregor, Priv.-Doz. Dr., E.MA,
Universität Innsbruck,
Innrain 52 d,
10. Stock, Zi.-Nr. 41008
A-6020 Innsbruck,
0043/(0) 512/507/84033,
Fax 0043/(0) 512/507/84099
E-Mail gregor.heissl@uibk.ac.at

Heitsch, Dr. Christian, apl. Professor,
72 Queens Road, Caversham, Reading,
Berks., RG4 8DL, U.K.,
(0044) 1189 4749 13;
Lecturer in Law, Brunel Law School,
Brunel University West London,
Kingston Lane, Uxbridge, Middlesex UB8
3PH, United Kingdom,
(0044) 1895 2676 50,
E-Mail christian.heitsch@brunel.ac.uk

Hellermann, Dr. Johannes,
Universitätsprofessor,
Hardenbergstr. 12a, 33615 Bielefeld,
(0521) 1600 38;
Universität Bielefeld,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,
(0521) 106-4422,
Fax (0521) 106-6048,
E-Mail Johannes.Hellermann@uni-biele-
feld.de

Hendler, Dr. Reinhard,
Universitätsprofessor,
Laurentius-Zeller-Str. 12, 54294 Trier,
(0651) 937 2944;
Universität Trier,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Universitätsring 15, 54286 Trier,
(0651) 201-2556 oder 2558,
Fax (0651) 201-3903,
E-Mail Hendler@uni-trier.de

Hengstschläger, Dr. Johannes,
o. Universitätsprofessor,
Steinfeldgasse 7, A-1190 Wien,
(0043) 132-817 27;
Johannes-Kepler-Universität,
Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz,
(0043) 732-2468-4 01,
Fax (0043) 732-246 43,
E-Mail johannes.hengstschlaeger@jku.at

Hense, Dr. Ansgar, Professor,
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen

Deutschlands,
Adenauerallee 19, 53111 Bonn,
(0228) 103-306,
E-Mail a.hense@dbk.de

Herbst, Dr. Tobias, Privatdozent,
Seehofstr. 116, 14167 Berlin,
(030) 817 11 04;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
E-Mail tobias.herbst@rewi.hu-berlin.de

Herdegen, Dr. Matthias, Professor,
Friedrich-Wilhelm-Str. 35, 53113 Bonn;
Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät, Universität Bonn,
Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(0228) 7355 70/-80,
Fax (0228) 7379 01,
E-Mail Herdegen@uni-bonn.de

Hermes, Dr. Georg, Professor,
Berliner Str. 14a, 61440 Oberursel,
(06171) 508 1991,
Fax (06171) 694 7570;
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Campus Westend, Theodor-W.-Adorno-
Platz 4 (RuW), 60629 Frankfurt am Main,
(069) 798-342 75,
Fax (069) 798-345 12,
E-Mail G.Hermes@jur.uni-frankfurt.de

Herrmann, Dr. Christoph, LL.M.,
Professor,
Florianstr. 18, 94034 Passau,
(0851) 2155 3389, (0176) 1049 7720;
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats-
und Verwaltungsrecht, Europarecht,
Europäisches und Internationales Wirt-
schaftsrecht,
Innstraße 39, 94032 Passau,
(0851) 509–2330,
Fax (0851) 509–2332,
E-Mail christoph.herrmann@eui.eu

Herrmann, Dr. Günter, Professor,
Intendant i.R.
Wankweg 13, 87642 Buching/Allgäu,
(08368) 1696;
Fax (08368) 1297,
E-Mail herrmann.medienrecht@t-online.de

Heselhaus, Dr. Sebastian, Professor, M.A.,
Obmatt 29, CH-6043 Adligenswil
(00 41) 41 370 25 00;
Universität Luzern,
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehr-
stuhl für Europarecht, Völkerrecht, Öffent-
liches Recht und Rechtsvergleichung,
Frohburgstrasse 3, Postfach 4466,
CH-6002 Luzern
(0041) 41 229 53 84,
Fax (00 41) 41 229 53 97,
E-Mail sebastian.heselhaus@unilu.ch

Hettich, Dr. Peter, o. Professor,
Beckenhofstraße 63, CH-8006 Zürich;
Institut für Finanzwissenschaft,
Finanzrecht und Law and Economics
(IFF-HSG),
Varnbüelstraße 19, CH-9000 St. Gallen,
(0041) 71-2242940,
Fax (0041) 71-224 2670,
E-Mail peter.hettich@unisg.ch

Hey, Dr. Johanna, Professorin,
Wiethasestraße 73, 50933 Köln,
(0221) 491 1738,
Fax (0221) 491 1734;
Universität zu Köln,
Institut für Steuerrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(0221) 470-2271,
Fax (0221) 470-5027,
E-Mail johanna.hey@uni-koeln.de

Heyen, Dr. iur. Lic. phil. Erk Volkmar,
Universitätsprofessor,
Arndtstraße 22, 17489 Greifswald,
(03834) 5027 16;
Ernst Moritz Arndt-Universität,

Domstr. 20, 17489 Greifswald,
E-Mail lsheyen@uni-greifswald.de

Hidien, Dr. Jürgen W., Professor,
Goebenstr. 33, 48151 Münster,
(0251) 478 77

Hilf, Dr. Meinhard, Universitätsprofessor,
Bahnsenallee 71,
21465 Reinbek bei Hamburg,
(040) 7810 7510,
Fax (040) 7810 7512;
Bucerius Law School,
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg,
(040) 307 06-158,
Fax (040) 307 06-2 46,
E-Mail meinhard.hilf@law-school.de

Hill, Dr. Hermann, Professor,
Kilianstraße 5, 67373 Dudenhofen;
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer,
(06232) 654-328,
E-Mail hill@uni-speyer.de

Hillgruber, Dr. Christian, Professor,
Zingsheimstr. 25, 53359 Rheinbach;
Institut für Öffentliches Recht,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 7379 25,
Fax (0228) 7348 69,
E-Mail lshillgruber@jura.uni-bonn.de

Hobe, Dr. Stephan, LL.M.,
Universitätsprofessor,
In der Asbach 32,
53347 Alfter-Impekoven,
(0228) 948 9300;
Universität zu Köln, Institut für Luft- und Weltraumrecht und Lehrstuhl für Völker- und Europarecht, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(0221) 470 2337,
E-Mail Stephan.Hobe@uni-koeln.de

Hochhuth, Dr. Martin, Professor,
Kaiser-Joseph-Straße 268, 79098 Freiburg;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Institut für Öffentliches Recht,
Abteilung III, Staatsrecht,
Platz der Alten Synagoge 1,
79085 Freiburg,
(0761) 203-22 43,
Fax (0761) 203-22 40,
E-Mail hochhuth@jura.uni-freiburg.de

Höfling, Dr. Wolfram, M.A., Professor,
Bruchweg 2, 52441 Linnich,
(02462) 3616;
Universität zu Köln, Institut für Staatsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(0221) 470-3395,
Fax (0221) 470-5075,
E-Mail Sekretariat@institut-staatsrecht.de

Hölscheidt, Dr. Sven, Minsterialrat,
apl. Professor,
Herbartstraße 28, 14057 Berlin;
Deutscher Bundestag, Fachbereich WD 3,
Verfassung und Verwaltung,
Platz der Republik 1, 11011 Berlin,
(030) 227-324 25/323 25,
Fax (030) 227-364 71,
E-Mail vorzimmer.wd3@bundestag.de

Hösch, Dr. Ulrich, apl. Professor, RA,
Kirchenstraße 72, 81675 München;
GvW Graf von Westphalen Rechtsanwälte
Steuerberater Partnerschaft mbH,
Sophienstraße 26, 80333 München,
(089) 689 077 331,
Fax (089) 689 077 100
E-Mail u.hoesch@gvw.com

Hoffmann-Riem, Dr. Wolfgang, Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.,
Auguststr. 15, 22085 Hamburg,
Professur für Recht und Innovation,
Bucerius Law School,
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg,
+ 49 (040) 642 258 48 oder

+ 49 (0) 173 179 1374,
Fax (040) 696 45 806,
E-Mail wolfgang.hoffmann-riem@law-school.de

Hofmann, PD. Dr. Claudia Maria,
Roter-Brach-Weg 185, 93049 Passau,
Universität Regensburg, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Politik (Prof. Graser)
93040 Regensburg
(0941) 943 5762,
Fax (0941) 943 5771
E-Mail claudia.m.hofmann@ur.de

Hofmann, Dr. Ekkehard, Professor,
Koselstr. 51, 60318 Frankfurt am Main,
(069) 174 989 27;
Lehrstuhl für öffentliches Recht, insbesondere Umweltrecht, Direktor des Instituts für Umwelt- und Technikrecht (IUTR), Fachbereich Rechtswissenschaft,
Universität Trier, 54286 Trier,
(0651) 201 2556
E-Mail hofmann@uni-trier.de

Hofmann, Dr. Dres. h.c. Hasso, Professor em. der Humboldt-Universität zu Berlin,
Christoph-Mayer-Weg 5, 97082 Würzburg,
(09 1) 873 88
E-Mail hasso-hofmann@gmx.de

Hofmann, Dr. Dr. Rainer,
Universitätsprofessor,
Goethe-Universität Frankfurt,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(+49) 69-798-34293,
Fax (+49) 69 798-34515,
E-Mail R.Hofmann@jur.uni-frankfurt.de

Hohenlohe, Dr. Diana zu, LL.M. (Sydney)
Zeppelinstr. 187, 69121 Heidelberg
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
Im Neuenheimer Feld 535,
69120 Heidelberg
E-Mail dzhohenlohe@gmx.de

Hohmann, Dr. Harald, Privatdozent,
Furthwiese 10, 63654 Büdingen,
(06049) 9529 12,
Fax (06049) 9529 13;
Hohmann & Partner Rechtsanwälte,
Schloßgasse 2, 63654 Büdingen,
(06042) 9567-0,
Fax (06042) 9567-67,
E-Mail harald.hohmann@hohmann-partner.com

Hollerbach, Dr. Dr. h.c. Alexander,
o. Professor,
Rabenkopfstr. 2, App. 342,
79102 Freiburg i.Br.,
(0761) 3685-342

Holoubek, Dr. Michael,
Universitätsprofessor,
Zehenthofgasse 36/8, A-1190 Wien,
(0043) 1317 7372,
Fax (0043) 1317 7372 18;
Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht,
Wirtschaftsuniversität Wien,
Welthandelsplatz 1, A-1020 Wien,
Gebäude D3, 2. OG
(0043) 1313 36-4660,
Fax (0043) 1313 36-713,
E-Mail michael.holoubek@wu.ac.at

Holzinger, Dr. Gerhart, Professor,
Präsident des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs,
Judenplatz 11, A-1010 Wien,
(0043) 153 1224 12,
Fax (0043) 153 12 2512

Holznagel, Dr. Bernd, LL.M., Professor,
Kronprinzenstraße 105, 44135 Dortmund,
(02 31) 5 89 87 06,

Fax (02 31) 5 89 87 09;
WWU Münster, Juristische Fakultät,
ITM, Abt. II,
Leonardo-Campus 9, 48149 Münster,
(0251) 83-3 8641,
Fax (0251) 83-3 8644,
E-Mail holznagel@uni-muenster.de

Holzner, Thomas Dr. jur. Dipl. sc. pol.
Univ., Akademischer Oberrat a.Z.
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftli-
che Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches
Recht II, Universität Bayreuth,
95440 Bayreuth,
(0176) 72 57 20 77
E-Mail thomas.holzner@uni-bayreuth.de

Hong, Dr. Mathias, Privatdozent
Bachstr. 32, 76185 Karlsruhe,
(0721) 9576161;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Institut für Öffentliches Recht, Abteilung 5,
Platz der Alten Synagoge 1,
79085 Freiburg i.Br.,
E-Mail mathias.hong@jura.uni-freiburg.de

Horn, Dr. Hans-Detlef, Professor,
Am Heier 22, 35096 Weimar (Lahn)-Roth,
(06426) 9671 41,
Fax (06426) 9671 44;
Philipps-Universität Marburg,
Fachbereich Rechtswissenschaften,
Institut für Öffentliches Recht,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(06421) 282 3810 od. 282 3126,
Fax (06421) 282 3839,
E-Mail Hornh@staff.uni-marburg.de

Hornung, Dr. Gerrit, LL.M., Prof.
Fachgebiet Öffentliches Recht, IT-Recht
und Umweltrecht
Universität Kassel, FB 07
Kurt-Schumacher-Str. 25, 34117 Kassel
(0561) 804 7923
E-Mail gerrit.hornung@uni-kassel.de

Huber, Dr. Peter M., o. Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts,
Josef-Heppner-Str. 2, 82049 Pullach i. I.,
(089) 7442 4662,
Fax (089) 7442 4852;
Universität München, Lehrstuhl für Öffent-
liches Recht und Staatsphilosophie,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-3576,
Fax (089) 2180-5063,
E-Mail peter.m.huber@jura.
uni-muenchen.de

Hufeld, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,
Stratenbarg 40a, 22393 Hamburg,
(040) 2100 7440;
Helmut-Schmidt-Universität/Universität
der Bundeswehr Hamburg, Fakultät für
Wirtschafts- und Sozialwissenschaften,
Professur für Öffentliches Recht und
Steuerrecht,
Holstenhofweg 85, 22043 Hamburg,
(040) 6541-28 59,
Fax (040) 6541-3733,
E-Mail Hufeld@hsu-hh.de

Hufen, Dr. Friedhelm, o. Professor,
Backhaushohl 62, 55128 Mainz,
(06131) 344 44,
Fax (06131) 36 1449;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswis-
senschaften,
55099 Mainz,
(06131) 39-223 54 od. -230 45,
Fax (06131) 39-242 47,
E-Mail hufen@uni-mainz.de

Hummel, Dr. David, Privatdozent,
Prager Straße 352, 04289 Leipzig;
Universität Leipzig, Juristenfakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Steuerrecht und
Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Burgstraße 21, 04109 Leipzig,
(0341) 9735 273,

Fax (0341) 9735 279,
E-Mail dhummel@uni-leipzig.de

Huster, Dr. Stefan, Professor,
Ruhr-Universität Bochum,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozial- und Gesundheitsrecht und
Rechtsphilosophie,
Universitätsstraße 150, 44780 Bochum,
Gebäude GC 7/135,
(0234) 3222 239,
Fax (0234) 3214 271,
E-Mail stefan.huster@rub.de

Hwang, Dr. Shu-Perng, LL.M. (Columbia),
Forschungsprofessorin,
4F., 251 Long-Chiang Road, Taipei 104,
Taiwan,
(00886) 2 2504 7224,
Fax (00886) 938 868 871;
Institutum Iurisprudentiae, Academia
Sinica,
128 Academia Sinica Road, Sec. 2,
Nankang,
Taipei 11529, Taiwan,
(00886) 2 2652 5423,
E-Mail sphwang@gate.sinica.edu.tw

Ibler, Dr. Martin, Professor,
Lindauer Straße 3, 78464 Konstanz;
Universität Konstanz,
Fachbereich Rechtswissenschaften,
Postfach D 106, Universitätsstraße 10,
78457 Konstanz,
(07531) 88-24 80/-2 28,
E-Mail Martin.Ibler@uni-konstanz.de

Iliopoulos-Strangas, Dr. Julia, Professorin,
A.Metaxa 2, GR-10681 Athen,
(0030) 210-3 82 6083 oder -382 3344,
Fax (0030) 2 0-3 80 54 3,
Mobil (0030) 6944 59 5200;
Universität Athen, Juristische Fakultät,
Ippokratous 33 (5. Stock),
GR-10680 Athen, (0030) 210-368 8422,
E-Mail juliostr@law.uoa.gr

Ingold, Dr. Albert, Universitätsprofessor,
Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Fachbereich 03, Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaften
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.
Kommunikationsrecht und Recht der
Neuen Medien
Jakob Welder-Weg 9, 55099 Mainz
(06131) 39 33035189,
E-Mail aingold@uni-mainz.de

Ipsen, Dr. Jörn, o. Professor,
Präsident des Niedersächsischen
Staatsgerichtshofs a. D.,
Luisenstr. 41, 49565 Bramsche,
(0 54 61) 44 96,
Fax (0 54 61) 6 34 62;
Institut für Kommunalrecht und Verwal-
tungswissenschaften,
Universität Osnabrück,
49069 Osnabrück,
(0541) 969-6169 oder -6158,
Fax (0541) 969-6170,
E-Mail instkr@uos.de

Ipsen, Dr. Dr. h.c. mult. Knut, o. Professor,
Nevelstr. 59, 44795 Bochum,
(0234) 43 1266;
E-Mail Knut.Ipsen@web.de

Isensee, Dr. Dr. h.c. Josef, o. Professor,
Meckenheimer Allee 150, 53115 Bonn,
(0228) 6934 69;
Universität Bonn,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 7358 50,
Fax (0228) 7348 69,
E-Mail isensee@uni-bonn.de

Ismer, Dr. Roland, Professor,
Werderstr. 11, 86159 Augsburg;
Lehrstuhl für Steuerrecht und
Öffentliches Recht,
Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg,
Lange Gasse 20, 90403 Nürnberg,

(0911) 5302-353,
Fax (0911) 5302-165,
E-Mail Roland.Ismer@wiso.
uni-erlangen.de

Jaag, Dr. Tobias, o. Professor,
Bahnhofstr. 22, Postfach 2957,
CH-8022 Zürich,
(0041) 442 1363 63,
Fax (0041) 442 1363 99,
E-Mail jaag@umbricht.ch

Jachmann-Michel, Dr. Monika,
Universitätsprofessorin,
Richterin am Bundesfinanzhof,
Am Feldkreuz 2a,
82467 Garmisch-Partenkirchen,
(0172) 740 4448;
E-Mail monika.jachmann@bfh.bund.de

Bundesfinanzhof München,
Ismaninger Straße 109, 81675 München,
(089) 9231-0,
Fax (089) 9231-201

Jaeckel, Dr. Liv, Professorin,
Gescherweg 28, 48161 Münster,
(0251) 39 580 345,
Technische Universität Bergakademie Freiberg, Institut für Deutsches und Europäisches Wirtschafts- und Umweltrecht,
Schlossplatz 1, 09596 Freiberg
(03731) 393408,
Fax (03731) 392733
E-Mail liv.jaeckel@rewi.tu-freiberg.de

Jahndorf, Dr. Christian, Professor,
Brunnenweg 18, 48153 Münster,
(0251) 761 9683;
Westfälische Wilhelms-Universität,
Institut für Steuerrecht,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(0251) 832 2795,
Fax (0251) 832 8386,
E-Mail christian.jahndorf@schumacher-partner.de

Jakab, András, Prof. Dr.,
Professor für Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Universität Salzburg, Fachbereich für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht;
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(0043) 662 8044 3605
E-Mail andras jakab@sbg.ac.at

Janko, Dr. Andreas, Univ.-Prof.,
Schwindstraße 4, A-4040 Linz/Auhof;
Institut für Staatsrecht und Politische Wissenschaften,
Johannes Kepler Universität Linz,
Altenberger Straße 69, A-4040 Linz/Auhof,
(0043) 732 2468 8456,
Fax (0043) 732 2468 8901,
E-Mail andreas.janko@jku.at
oder Elisabeth.Kamptner@jku.at

Janssen, Dr. Albert, apl. Professor,
Landtagsdirektor i.R.,
Langelinienwall 16, 31134 Hildesheim,
(05121) 1311 12,
E-Mail a.a.janssen@t-online.de

Janz, Dr. Norbert, apl. Professor,
Koch-Gotha-Str. 10, 18055 Rostock,
(0381) 877 29 313;
Landesrechnungshof Brandenburg,
Alter Markt 1, 14467 Potsdam,
(0331) 866-85 35,
Fax (0331) 866-85 18,
E-Mail janz@uni-potsdam.de

Jarass, Dr. Hans D., LL.M. (Harvard),
o. Professor,
Baumhofstr. 37 d, 44799 Bochum,
(0234) 7720 25;
ZIR Forschungsinstitut für deutschen und europäisches öffentliches Recht an der Universität Münster,
Wilmergasse 12–13, 48143 Münster,
(0251) 8329 781,
Fax (0251) 8329 790,
E-Mail jarass@uni-muenster.de

Jestaedt, Dr. Matthias, Professor,
Marchstraße 34, 79211 Denzlingen;
Albert-Ludwigs-Universität,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
79085 Freiburg i. Br.,
(0761) 2039 7800,
Fax (0761) 2039 7802
E-Mail matthias.jestaedt@jura.
uni-freiburg.de

Jochum, Dr. Georg, Professor,
Oberhofstraße 92, 88045 Friedrichshafen,
(01 0) 238 6758;
Zeppelin University, Lehrstuhl für
Europarecht & Internationales Recht der
Regulierung,
Maybachplatz 5, 88045 Friedrichshafen,,
(07541) 6009 1481 ,
Fax (07541) 6009 1499,
E-Mail Georg.Jochum@zeppelin-
university.de

Jochum, Dr. jur. Heike, Mag. rer. publ.,
Professorin,
Buchsweilerstraße 77, 66953 Pirmasens;
Institut für Finanz- und Steuerrecht
an der Universität Osnabrück,
Martinistraße 10, 49080 Osnabrück,
(0541) 969-6168 (Sek.), -6161 (direkt),
Fax (0541) 969-61 67,
E-Mail Heike.Jochum@gmx.net

Jouanjan, Dr. Olivier, Professor,
32, rue de Vieux Marché aux Poissons,
F-97000 Strasbourg,
(0033) 661 33 2559;
Université Panthéon-Assas,
Centre de droit public comparé,
12 place du Panthéon, F-75005 Paris,
(0033) 388 14 3034;
Albert-Ludwigs-Universität,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Institut für öffentliches Recht (Abt. 2),
Platz der Alten Synagoge,
79085 Freiburg i. Br.,
E-Mail olivier.jouanjan@u-paris2.fr

Kadelbach, Dr. Stefan, LL.M., Professor,
Goethe-Universität, Institut für Öffentliches
Recht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Europarecht und Völkerrecht,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 798 34295,
Fax (069) 798 34516,
E-Mail s.kadelbach@jur.uni-frankfurt.de

Kägi-Diener, Dr. Regula, Professorin,
Rechtsanwältin,
Marktgasse 14, CH-9004 St. Gallen,
(0041) 71-2 2381 21,
Fax (0041) 71-223 81 28,
E-Mail switzerland@ewla.org oder regula.
kaegi-diener@ewla.org

Kämmerer, Dr. Jörn Axel, Professor,
Am Kaiserkai 53, 20457 Hamburg,
(040) 48 0922 23;
Bucerius Law School, Hochschule für
Rechtswissenschaft,
Jungiusstraße 6, 20335 Hamburg,
(040) 307 06-190,
Fax (040) 3070 6-195,
E-Mail axel.kaemmerer@law-school.de

Kästner, Dr. Karl-Hermann, o. Professor,
Am Rebberg 18, 78337 Öhningen,
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz,
72074 Tübingen
(07071) 297 2971,
Fax (07071) 2950 96,
E-Mail Kaestner@jura.uni-tuebingen.de

Kahl, Dr. Arno, Universitätsprofessor,
Lärchenstraße 4a, A-6063 Rum,
(0043) 5 12-26 5500;
Universität Innsbruck, Institut für Öffent-
liches Recht, Staats- und Verwaltungslehre,
Innrain 52d, A-6020 Innsbruck,
(0043) 512/507 8204,
Fax (0043) 5125 07 2828,
E-Mail arno.kahl@uibk.ac.at

Kahl, Dr. Wolfgang, M.A., o. Professor,
Albert-Schweitzer-Straße 2,
95447 Bayreuth,
(0921) 150 9287;
Universität Heidelberg, Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg,
(06221) 5474 28,
Fax (06221) 5477 43,
E-Mail kahl@jurs.uni-heidelberg.de

Kaiser, Dr. Anna-Bettina, LL.M. (Cambridge), o. Professorin,
Humboldt-Universität zu Berlin – Juristische Fakultät, Professur für Öffentliches Recht und Grundlagen des Rechts
Unter den Linden 6, D-10099 Berlin,
(030) 2093-3579,
Fax (030) 2093-3430,
E-Mail kaiser@rewi.hu-berlin.de

Kaltenborn, Dr. Markus,
Universitätsprofessor,
Neue Tremoniastr. 30, 44137 Dortmund,
(0231) 181 5909;
Ruhr-Universität Bochum,
Juristische Fakultät
44780 Bochum,
(0234) 32-2 5252 oder -252 63,
Fax (0234) 32-144 21,
E-Mail markus.kaltenborn@ruhr-uni-bochum.de

Karpen, Dr. Ulrich, Professor,
Ringstr. 181, 22145 Hamburg,
(040) 677 8398,
Universität Hamburg, Schlüterstr. 28,
20146 Hamburg,
(040) 428 38-30 23 oder -4514 od. -4555
E-Mail ulrich.karpen@yahoo.de

Kau, Dr. Marcel, LL.M., Privatdozent,
Blarerstraße 8, 78462 Konstanz;
Universität Konstanz,
Fachbereich Rechtswissenschaft D 110,
Universitätsstraße 10, 78457 Konstanz,
(07531) 8836 34,
Fax (07531) 8831 46,
E-Mail Marcel.Kau@uni-konstanz.de

Kaufhold, Dr. Ann-Katrin, Professorin
Kufsteinerstr. 18, 10825 Berlin,
(030) 5515 2147
Professur für Staats- und Verwaltungsrecht
Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München
(089) 2180 3184;
Fax (089) 2180 13996
E-Mail ann-katrin.kaufhold@jura.uni-muenchen.de

Kaufmann, Dr. Christine, Professorin,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Völker- und Europarecht,
Universität Zürich, Rämistrasse 74/5,
CH-8001 Zürich,
(0041) 446 34 48 65,
Fax (0041) 446 3443 78,
E-Mail Lst.kaufmann@rwi.uzh.ch

Kaufmann, Dr. Marcel, Privatdozent,
Rechtsanwalt,
Senefelderstraße 7, 10437 Berlin;
Freshfields Bruckhaus Deringer,
Environment, Planning and Regulatory (EPR),
Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin,
(030) 202 83-857(Sekretariat),
(030) 202 83-600,
Fax (030) 202 83-766,
E-Mail marcel.kaufmann@freshfields.com

Keller, Dr. Helen, Professorin,
Eigenstraße 16, CH-8008 Zürich,
(0041) 444 22 2320;
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Seminar,
Rämistraße 74/13, CH-8001 Zürich,
(0041) 446 34 3689,
Fax (0041) 446 34 4339,
E-Mail helen.keller@rwi.uzh.ch

Kemmler, Dr. Iris, L.MM. (LSE),
Privatdozentin,
Sonnenbühl 22, 70597 Stuttgart
(+49) 711-2844447,
Eberhard Karls Universität Tübingen
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Finanz- und Steuerrecht
Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof
Geschwister-Scholl Platz, 72074 Tübingen
(+49) 7071 29-74058,
Fax (+49) 7071 23-4358
E-Mail Iris.kemmler@gmx.de

Kempen, Dr. Bernhard, o. Professor,
Rheinblick 1, 53424 Remagen/Oberwinter,
(02228) 9132 91,
Fax (022 28) 9132 93;
Institut für Völkerrecht und ausländisches
öffentliches Recht, Universität zu Köln,
Gottfried-Keller-Straße 2, 50931 Köln,
(0221) 470 2364,
Fax (0221) 470 4992,
E-Mail Bernhard.Kempen@uni-koeln.de

Kempny, Dr. Simon, Universitätsprofessor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steu-
errecht, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universität Bielefeld
Universitätsstraße 25, 33615 Bielefeld,
(0521) 106-67690,
E-Mail simon.kempny@uni-bielefeld.de

Kersten, Dr. Jens, Professor,
Hoheneckstr. 28, 81243 München,
(089) 9547 9340;
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Verwaltungswissenschaften,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-2113,
Fax (089) 2180-1 3515,
E-Mail jens.kersten@jura.uni-muenchen.de

Khakzadeh-Leiler, Dr. Lamiss,
ao. Univ.-Professorin,
Mähderweg 37 c, A-6841 Mäder,
(0043) 676 43 38 765;
Universität Innsbruck, Institut für Öffentli-
ches Recht, Staats- und Verwaltungslehre,
Innrain 52 d, A-6020 Innsbruck,
(0043) 507–8232,
Fax (0043) 507–2828,
E-Mail lamiss.khakzadeh@uibk.ac.at

Khan, Dr. Daniel-Erasmus, Professor,
Institut für Öffentliches Recht und
Völkerrecht
Universität der Bundeswehr München,
Werner-Heisenberg-Weg 39,
85579 Neubiberg,
(089) 6004-4690 oder -4262 oder -2048,
Fax (089) 6004-4691,
E-Mail Khan@unibw.de

Kielmansegg, Dr. Sebastian Graf,
Professor,
Barstenkamp 66, 24113 Molfsee,
(0431) 12 84 20 51,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Medizinrecht
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Olshausenstraße 75, 24118 Kiel
(0431) 880-1668;
Fax (0431) 880-1894;
E-Mail skielmansegg@law.uni-kiel.de

Kilian, Dr. Michael, Professor,
Hohenkogl 62, A-8181 St. Ruprecht/Raab
Juristische Fakultät, Universität Halle-
Wittenberg,
Universitätsplatz 3–5, Juridicum, 06099
Halle (Saale),
(0345) 55-231 70,
Fax (0345) 55-2 7269,
E-Mail michael.kilian@jura.uni-halle.de

Kingreen, Dr. Thorsten, Professor,
Agnes-Miegel-Weg 10, 93055 Regensburg,
(0941) 70402 41;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial-
recht und Gesundheitsrecht, Universität
Regensburg,

Universitätsstr. 31, 93053 Regensburg,
(0941) 943 2607 od. 26 8,
Fax (0941) 943 3634,
E-Mail king@jura.uni-regensburg.de

Kirchhof, Dr. Ferdinand, o. Professor,
Bundesverfassungsgericht, Schlossbezirk 3,
76131 Karlsruhe,
(0721) 910 1218,
Fax (0721) 910 1670;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(07071) 297-2561 oder -8118,
Fax (07071) 2943 58,
E-Mail Kirchhof@uni-tuebingen.de

Kirchhof, Dr. Gregor, LL.M.,
Universitätsprofessor,
Fasanenstr. 42a, 85591 Vaterstetten,
(08106) 34 809 34;
Universität Augsburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht,
Universitätsstr. 24, 86159 Augsburg
(0821) 598-4541,
E-Mail sekretariat.kirchhof@jura.uni-augsburg.de

Kirchhof, Dr. Dres. h.c. Paul, Professor,
Am Pferchelhang 33/1, 69118 Heidelberg,
(06221) 8014 47;
Universität Heidelberg,
Schillerstr. 4–8, 69115 Heidelberg,
(06221) 54 19356,
E-Mail paul.kirchhof@paul-kirchhof.de

Kirn, Dr. Michael, o. Professor,
Rummelsburgerstr. 3, 22147 Hamburg,
(040) 647 3843;
Universität der Bundeswehr,
Institut für Öffentliches Recht,
Postfach 70 08 22, 22043 Hamburg,
(040) 6541-2782 oder (040) 6541-2590

Kirste, Dr. Stephan, Professor,
Am Gutleuthofhang 18, 69118 Heidelberg,
(06221) 804503,
Fax (06221) 804503;
Universität Salzburg, Rechts- und Sozialphilosophie,
FB Sozial- und Wirtschaftswissenschaften an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät,
Churfürststraße 1, A-5010 Salzburg,
(0043-662) 8044-3551,
Fax (0043-662) 8044-74-3551,
Mobil (0043-664) 8289-223,
E-Mail stephan.kirste@sbg.ac.at

Kischel, Dr. Uwe, LL.M. (Yale), Attorney-at-law (New York), o. Professor,
Dorfstraße 34, 17121 Düvier,
(0399 98) 315 46;
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,
Domstr. 20a, 17489 Greifswald,
(03834) 420-2180,
Fax (03834) 420-2182,
E-Mail kischel@uni-greifswald.de

Klatt, Dr. Matthias, Prof.,
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
(040) 42838 2380,
Fax 040 42838 8296,
Universitätsprofessur für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtspolitik,
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Karl-Franzens-Universität Graz,
Universitätsstraße 15 / C2, A-8010 Graz
E-Mail matthias.klatt@uni-graz.at

Klaushofer, Dr. Reinhard, az. Prof.,
Universität Salzburg,
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(0043) 662 8044-3634,
Fax (0043) 662 8044-303,
E-Mail reinhard.klaushofer@sbg.ac.at

Klein, Dr. iur. Eckart, Universitätsprofessor,
Heideweg 45, 14482 Potsdam,
(0331) 7058 47,
E-Mail klein@uni-potsdam.de

Klein, Dr. Hans Hugo,
Universitätsprofessor,

Heilbrunnstr. 4, 76327 Pfinztal,
(07240) 7300,
E-Mail hanshklein@web.de

Klein (geb. Gas), Dr. Tonio, Professor,
Professor für Staats-, Verfassungs- und Europarecht, Niedersächsisches Studieninstitut für kommunale Verwaltung e.V.,
Kommunale Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen,
Wielandstr. 8, 30169 Hannover,
(0511) 1609-448,
Fax (0511) 15 537,
E-Mail tonio.klein@nsi-hsvn.de

Kleinlein, Dr. Thomas, Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Europarecht und Völkerrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Friedrich-Schiller-Universität Jena,
Carl-Zeiß-Straße 3, 07737 Jena,
(03641) 942 201,
E-Mail thomas.kleinlein@uni-jena.de

Klement, Dr. Jan Henrik,
Universitätsprofessor,
Schimperstraße 4, 68167 Mannheim,
(0621) 4300 5130,
E-Mail jan.klement@arcor.de;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Ökonomische Analyse des Rechts und Öffentliches Wirtschaftsrecht, Universität Mannheim,
Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre,
Schloss Ehrenhof West, 68131 Mannheim,
(0621) 181-2551
E-Mail klement@jura.uni-mannheim.de

Kley, Dr. Andreas, Professor,
Stallikerstr. 10a,
CH–8142 Uitikon Waldegg;
Rechtswissenschaftliches Institut,
Rämistr. 74/34, CH-8001 Zürich,
(0041) 44-634 5020,
Fax (0041) 44-634 5029
E-Mail andreas.kley@rwi.uzh.ch

Kloepfer, Dr. Michael, o. Professor,
Taubertstraße 19, 14193 Berlin,
(030) 825 2490,
Fax (030) 825 2690;
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 9–11 (Palais),
10099 Berlin,
(030) 2093-3340 oder -3331,
Fax (030) 2093-3438,
E-Mail Michael.Kloepfer@rewi.hu-berlin.de

Kluckert, Dr. Sebastian, Privatdozent,
Bergische Universität Wuppertal,
Professur für Öffentliches Recht,
Gaußstraße 20, 42119 Wuppertal,
(0202) 439-5280,
Fax (0202) 439-5289,
E-Mail kluckert@uni-wuppertal.de

Kluth, Dr. Winfried, Professor,
Eilenburger Straße 12,
06116 Halle (Saale);
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Universitätsplatz 10a,
06099 Halle (Saale),
(0345) 552 3223,
Fax (0345) 552 7293,
E-Mail winfried.kluth@jura.uni-halle.de

Kment, Dr. Martin, LL.M. (Cambridge),
Professor,
Donaustraße 16, 81679 München;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Umweltrecht und Planungsrecht,
Universität Augsburg,
Universitätsstr. 24, 86159 Augsburg,
(0821) 598 4535,
Fax (0821) 598 4537,
E-Mail martin.kment@jura.uni-augsburg.de

Knauff, Dr. Matthias, LL.M. Eur., Professor,
von-Salza-Str. 10,
97980 Bad Mergentheim,
(07931) 481 0097, (0163) 729 8371;
Friedrich-Schiller-Universität Jena
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbes. Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena,
(03641) 942 221,
Fax (03641) 942 222,
Email matthias.knauff@uni-jena.de

Kneihs, Dr. Benjamin, Univ. Professor,
Niederland 73, A-5091 Unken, Österreich;
Universität Salzburg, Fachbereich öffentliches Recht,
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(0043) 662 8044-3611,
Fax (0043) 662 8044-303,
E-Mail benjamin.kneihs@sbg.ac.at

Knemeyer, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor,
Unterdürrbacher Str. 353, 97080 Würzburg,
(0931) 961 18;
Universität Würzburg,
Domerschulerstr.16, 97070 Würzburg,
(0931) 31-8 2899,
Fax (0931) 31-23 17,
E-Mail knemeyer@jura.uni-wuerzburg.de

Knies, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Am Botanischen Garten 5,
66123 Saarbrücken,
(0174) 3450491,
Fax (06 81) 39 98 88;
Universität Saarbrücken, Postfach 15 11 50,
66041 Saarbrücken,
(0681) 302-3158,
E-Mail w.knies@mx.uni-saarland.de

Koch, Dr. Hans-Joachim, Professor,
Wendlohstr. 80, 22459 Hamburg,
(040) 551 8804,
Fax (040) 551 8804;
Universität Hamburg, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Edmund-Siemers-Allee 1,
20146 Hamburg,
(040) 42838-3977 oder -5443,
Fax (040) 42838-6280,
E-Mail hans-joachim.koch@jura.uni-hamburg.de

Koch, Dr. Thorsten, Privatdozent,
Emanuel-Geibel-Str. 4,
49143 Bissendorf-Schledehausen,
(05402) 7774;
Institut für Kommunalrecht Universität Osnabrück,
Martinistr. 12, 49069 Osnabrück,
(0541) 969-6169,
Fax (0541) 969-6164,
E-Mail tkoch@uos.de

Köck, Dr. Wolfgang, Professor,
UFZ-Umweltforschungszentrum Leipzig-Halle GmbH,
Permoserstraße 15, 04318 Leipzig;
Universität Leipzig,
Lehrstuhl für Umweltrecht,
Postfach 10 09 20, 04009 Leipzig,
(0341) 235-3140,
Fax (0341) 235-2825,
E-Mail Wolfgang.Koeck@ufz.de

Koenig, Dr. Christian, LL.M. (London), Universitätsprofessor,
Zentrum für Europäische Integrationsforschung,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität,
Walter-Flex-Str. 3, 53113 Bonn,
(0228) 73-18-91/-92/-95,
Fax (0228) 73-1893,
E-Mail sekretariat.zeia@uni-bonn.de

König, Dr. Doris, Professorin,
Bucerius Law School,
Hochschule für Rechtswissenschaft,
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg,
(040) 307 06-201

Fax (040) 307 06-190,
E-Mail doris.koenig@law-school.de

König, Dr. Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Albrecht-Dürer-Str. 20, 67346 Speyer,
(06232) 29 02 16;
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer,
(06232) 654-369 oder -350 oder -355,
Fax (06232) 654-306,
E-Mail k.koenig@uni-speyer.de

Kokott, Dr. Juliane, LL.M. (Am. Un.),
S.J.D. (Harvard),
Universitätsprofessorin, Generalanwältin,
(06221) 4516-17;
Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Th. More 2214,
Bd. Konrad Adenauer, L-2925, Luxemburg,
(00352) 4303 2221,
E-Mail juliane.kokott@curia.europa.eu

Kolonovits, Dr. Dieter, Mag., M.C.J.,
ao. Universitätsprofessor,
Berggasse 17/41 A-1090 Wien,
(0043) 699 1920 2895;
Präsident,
Verwaltungsgericht Wien,
Muthgasse 62, A-1190 Wien,
(0043) 4000 38501,
Fax (0043) 4000 99 38501,
E-Mail dieter.kolonovits@vgw.wien.gv.at

Kopetzki, DDr. Christian,
Universitätsprofessor,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Medizienrecht, Universität Wien,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 1427 73 5411,
Fax (0043) 1427 73 5419,
E-Mail christian.kopetzki@univie.ac.at

Korioth, Dr. Stefan, Professor,
Institut für Politik und Öffentliches Recht
der Universität München,
Professor-Huber-Platz 2/III,
80539 München,
(089) 2180-2737,
Fax (089) 2180-3990,
E-Mail Korioth@jura.uni-muenchen.de

Korte, Dr. Stefan, Professor,
Technische Universität Chemnitz,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht insb.
Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften
Thüringer Weg 7, 09126 Chemnitz,
(0371) 53126460,
Fax (0371) 53126469
E-Mail stefan.korte@wirtschaft.tu-chemnitz.de

Kotulla, Dr. Michael, M.A., Professor,
Universität Bielefeld,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(0521) 106-2500,
Fax (0521) 106-8091,
E-Mail Michael.Kotulla@uni-bielefeld.de

Kotzur, Dr. Markus, LL.M. (Duke Univ.),
o. Professor,
Am Sandtorkai 64 b, 20457 Hamburg,
(040) 4191-9344;
Universität Hamburg, Institut für Internationale Angelegenheiten, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Rothenbaumchaussee 33,
20148 Hamburg,
(040) 42828-4601,
Fax (040) 42838-6262,
E-Mail markus.kotzur@jura.uni-hamburg.de

Krajewski, Dr. Markus, Professor,
Frommannstr. 19, 90419 Nürnberg,
Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(09131) 85 222 60,

Fax (09131) 85 269 50,
E-Mail markus.krajewski@fau.de

Krause, Dr. Peter, o. Professor,
Weinbergstr. 12, 54317 Korlingen,
(0 65 88) 73 33;
Universität Trier, 54286 Trier,
(0651) 201-2587,
Fax (0651) 201-3803,
E-Mail Krausepe@uni-trier.de

Krausnick, Dr. Daniel, Privatdozent,
Bubenreutherstr. 19 b, 91094 Bräuningshof,
(0160) 92967079;
Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(09131) 8522 241,
Fax (09131) 852 63 82,
E-Mail Daniel.Krausnick@jura.
uni-erlangen.de

Krawietz, Dr. Werner, o. Professor,
Nienbergweg 29, 48161 Münster,
(0251) 8614 51;
Lehrstuhl für Rechtssoziologie,
Universität Münster,
Bispinghof 24–25, 48143 Münster,
(0251) 8325 91,
E-Mail Krawiet@uni-muenster.de

Krebs, Dr. Walter, Professor,
Herderallee 13, 44791 Bochum,
(0234) 511288,
E-mail krebs.bo@t-online.de

Kremer, Dr. Carsten, M.A., M.Jur.
(Oxford), Privatdozent
Nordendstr. 49,
60318 Frankfurt am Main,
(0174) 5632093;
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Institut für Öffentliches Recht,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 798 34273,
E-Mail c.kremer@jur.uni-frankfurt.de

Kreßel, Dr. Eckhard, Professor,
Lenzhalde 42, 73760 Ostfildern,
E-Mail ekressel@aol.com
Juristische Fakultät der Universität
Würzburg,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
E-Mail eckhard.kressel@jura.
uni-wuerzburg.de

Kreuter-Kirchhof, Dr. Charlotte, Professor
Kirchgasse 61, 53347 Alfter,
(02222) 9936 22,
Fax (02222) 9936 21;
Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches
Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
Universitätsstrasse 1, 40225 Düsseldorf
(0211) 81 114 35,
Fax (0211) 81 114 56
E-Mail kreuter-kirchhof@hhu.de

Krieger, Dr. Heike, Professorin,
Freie Universität Berlin, Fachbereich
Rechtswissenschaft,
Van't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin,
(030) 8385 1453,
E-Mail hkrieger@zedat.fu-berlin.de

Kriele, Dr. Martin, o. Professor,
An der Winkelheide 15,
14641 Nauen OT Börnike,
(0332) 30205082,
Fax (0332) 30229693;
Universität Köln,
Albertus-Magnus-Platz 1, 50923 Köln,
(0221) 470-2230,
Fax (0221) 470-5010

Kröger, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Hölderlinweg 14, 35396 Gießen,
(0641) 522 40;
Universität Gießen,

35394 Gießen,
(0641) 9923-130,
Fax (0641) 9923-059

Kröll, Dr. Thomas, Assoziierter Professor,
Pyrkergasse 37/5, A-1190 Wien;
Institut für Österreichisches und Europäisches, Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien,
Welthandelsplatz 1/D3, A-1020 Wien,
(0043) 1313365441,
Fax (0043) 131336905441,
E-Mail thomas.kroell@wu.ac.at

Krüper, Dr. Julian, Professor,
Sundernstr. 24, 58452 Witten;
Professur für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung, Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum,
Universitätsstraße 150, 44780 Bochum,
(0234) 32-29942,
Fax (0234) 32-14282
E-Mail julian.krueper@rub.de

Krugmann, Dr. Michael, Privatdozent,
Stellaustieg 3, 22143 Hamburg,
(040) 677 8860,
Fax (040) 677 8860,
E-Mail dr@michaelkrugmann.de

Krumm, Dr. Marcel, Professor,
Perselstraße 19, 47589 Uedem,
Westfälische Willhems-Universität Münster, Professur für Öffentliches Recht und Steuerrecht
Universitätstraße 14–16, 48143 Münster
(0251) 83 22795,
Fax (0251) 83 28386
E-Mail marcel.krumm@uni-muenster.de

Kube, Dr. Hanno, LL.M. (Cornell), Universitätsprofessor,
Schloß-Wolfsbrunnenweg 39a,
69118 Heidelberg (06221) 8904630;
Institut für Finanz- und Steuerrecht,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung des Finanz- und Steuerrechts,
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg,
(06221) 547792,
E-Mail kube@uni-heidelberg.de

Kucsko-Stadlmayer, Dr. Gabriele, Universitätsprofessorin,
Rooseveltplatz 4–5, A-1090 Wien,
(0043) 14 08 38 59;
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 1427 7354 18,
Fax (0043) 142 7793 54,
E-Mail gabriele.kucsko-stadlmayer@univie.ac.at

Kühling, Dr. Jürgen, LL.M. (Brüssel), Universitätsprofessor,
Kellerweg 12 b, 93053 Regensburg,
(0941) 705 6079;
Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Immobilienrecht,
Universitätsstr. 31, 93053 Regensburg,
(0941) 943-6060,
Fax (0941) 943-6062,
E-Mail juergen.kuehling@jura.uni-regensburg.de

Kühne, Dr. Jörg-Detlef, Professor,
Münchhausenstr. 2, 30625 Hannover,
(0511) 55 6 63;
Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 7 62-8148,
Fax (0511) 7 62-8228,
E-Mail Kuehne@oera.uni-hannover.de

Küpper, Dr. Herbert, Professor,
Herrnstr. 15, 80539 München;
Institut für Ostrecht,
Landshuter Str. 4, 93047 Regensburg,

(0941) 943 5450,
Fax (0941) 943 5465,
E-Mail Herbert.Kuepper@ostrecht.de

Kugelmann, Dr. Dieter, Professor,
Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Rheinland-Pfalz,
Postfach 30 40, 55020 Mainz
(06131) 2 08-24 49,
Fax (06131) 2 08-24 97,
E-Mail poststelle@datenschutz.rlp.de

Kunig, Dr. Dr. h.c. (Univ. Athen) Dr. h.c. (Univ. Istanbul) Philip, Professor,
Freie Universität Berlin,
Institut für Staatslehre,
Boltzmannstraße 3, 14195 Berlin,
(030) 838 530-10,
Fax (030) 838 530-11,
E-Mail Kunig@zedat.fu-berlin.de

Lachmayer, Dr. Konrad, Privatdozent,
Weitlofgasse 12/10, A-1180 Wien;
Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 14277 35471,
Fax (0043) 14277 35479,
E-Mail konrad@lachmayer.eu

Ladeur, Dr. Karl-Heinz, Professor,
Universität Hamburg, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
(040) 428 38-5752,
Fax (040) 428 38-2635,
E-Mail karl-heinz.ladeur@jura.uni-hamburg.de

Lampert, Dr. Steffen, Professor,
Rolandstraße 7a, 49078 Osnabrück;
Institut für Finanz- und Steuerrecht,
Am Natruper Holz 60a, 49090 Osnabrück,
(0541) 969-6168,
Fax (0541) 969-6161,
E-Mail slampert@uos.de

Lang, Dr. Heinrich, Professor,
Dipl.-Sozialpädagoge,
Steinstraße 13, 17489 Greifswald;
Ernst-Moritz-Arndt Universität Greifswald,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht,
Domstraße 20, 17489 Greifswald,
(03834) 420-2174,
Fax (03834) 420-2113,
E-Mail heinrich.lang@uni-greifswald.de

Lange, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Lilienweg 22, 35423 Lich,
(06404) 5681;
Universität Gießen, Fachbereich Rechtswissenschaften,
Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen,
(0641) 92 11-80 oder -81,
Fax (0641) 992 11-89,
E-Mail Klaus.Lange@recht.uni-giessen.de

Langenfeld, Dr. Christine, Professorin,
Menckestraße 30, 04155 Leipzig,
(0341) 5611 4940,
Fax (0341) 5611 4941,
E-Mail Dr.Langenfeld@t-online.de;
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität,
Platz der Göttinger Sieben 6,
37073 Göttingen,
(0551) 39-21150,
Fax (0551) 39-21151,
E-Mail enomiko@gwdg.de

Laskowski, Dr. Silke Ruth, Professorin,
Gertigstraße 13, 22303 Hamburg,
(040) 366615,
Fax (040) 366615,
Mobil (0179) 2315663;
Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht, FG Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Schwerpunkt Umweltrecht,
Diagonale 12, 34127 Kassel,

(0561) 804 3222,
Fax (0561) 804 2827,
E-Mail Laskowski@uni-kassel.de

Laurer, Dr. Hans René,
a.o. Universitätsprofessor,
Scheffergasse 27a, A-2340 Mödling,
(0043) 263 62 0402;
Wirtschafts-Universität,
Augasse 2–6, A-1190 Wien,
(0043) 1313 36 oder 4669 oder 4158

Lee, Prof. Dr. iur. Chien-Liang,
Institutum Iurisprudentiae,
Academia Sinica,
128 Academia Sinica Rd., Sec. 2,
Nankang,
Taipei 11529, Taiwan,
(0086) 2 26525412 oder (0086) 2 87320212
Fax (0086) 2 87320272
E-Mail chenny@sinica.edu.tw

Leeb, Dr. David, Universitätsprofessor,
Zellbachstraße 20b, 4020 Linz,
Österreich
Institut für Staatsrecht und Politische
Wissenschaften, Johannes Kepler
Universität Linz,
Altenberger Straße 69,
4040 Linz/Auhof, Österreich,
(0732 2468 7420,
Fax (0732) 2468 7405
E-Mail david.leeb@jku.at

Lege, Dr. Joachim, o. Professor,
Fischstr. 19, 17489 Greifswald,
(03834) 7739 41;
Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staats-
philosophie,
Ernst-Moritz-Arndt-Universität,
Domstr. 20, 17489 Greifswald,
(03834) 420-2150,
Fax (03834) 420-2156,
E-Mail lege@uni-greifswald.de

Lehner, Dr. Moris, Universitätsprofessor,
Kaiserplatz 7, 80803 München,
(089) 3402 0646;
Ludwig-Maximilians-Universität, Lehrstuhl
für Öffentliches Recht, insbesondere öffent-
liches Wirtschaftsrecht und Steuerrecht,
Ludwigstr. 28 (Rgb.), 80539 München,
(089) 2180 2718,
Fax (089) 3335 66,
E-Mail Moris.Lehner@jura.
uni-muenchen.de

Leisner, Dr. mult. Dr. h.c. Walter,
o. Professor,
Pienzenauerstr. 99, 81925 München,
(089) 9894 05,
Fax (089) 9829 0997

Leisner, Dr. Walter Georg, Privatdozent,
Halserspitzstraße 13, 81673 München,
(089) 9894 24;
Universität Hamburg, Fakultät für
Rechtswissenschaft,
Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg,
E-Mail leisner@leisner-legal.de

Leisner-Egensperger, Dr. Anna,
Universitätsprofessorin,
Bachmairstrasse 15,
81243 München-Pasing,
(089) 88909 356, Mobil (0173) 392 4145;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Steuerrecht,
Friedrich-Schiller-Universität Jena,
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,
(03641) 9422 51,
Fax (03641) 9422 52,
E-Mail A.Leisner@recht.uni-jena.de

Leitl-Staudinger, Dr. Barbara,
Universitätsprofessorin,
Hohe Straße 135, A-4040 Linz;
Institut für Fernunterricht in den
Rechtswissenschaften,
Johannes Kepler Universität Linz,
Petrinumstraße 12, A-4040 Linz,

(0043) 732 2468 1900,
Fax (0043) 732 2468 1910,
E-Mail barbara.leitl-staudinger@jku.at

Lenze, Dr. Anne, Privatdozentin,
Sandstraße 19, 64625 Bensheim,
(06251) 5808 52;
Fachhochschule Darmstadt,
Adelungstraße 51, 64283 Darmstadt,
(06151) 1689 65,
Fax (06151) 1689 90,
E-Mail anne.lenze@t-online.de

Lepsius, Dr. Oliver, LL.M. (Chicago), Professor,
Romanstr. 53, 80639 München,
(089) 1433 2482,
Universität Münster, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie,
Bispinghof 24/25, 48143 Münster,
(0251) 83 23619
E-Mail oliver.lepsius@uni-muenster.de

Lewinski, Dr. Kai von, Professor,
Stephanstr. 165, 94034 Passau;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medien- und Informationsrecht -Universität Passau,
Innstraße 40 (Nikolakloster), 94032 Passau,
0851/509-2221 (Sekr.),
Fax 0851/509-2222,
E-Mail kai.lewinski@uni-passau.de

Lienbacher, Dr. Georg,
Universitätsprofessor,
Obere Donaustr. 43/2/44,
A-1020 Wien;
Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht,
Wirtschaftsuniversität Wien,
Welthandelsplatz 1/D3, A-1020 Wien,
(0043) 1313 36-5402,
Fax (0043) 1313 36-9222,
E-Mail Georg.Lienbacher@wu.ac.at;
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs,
Verfassungsgerichtshof,
Freyung 8, A-1010 Wien,
(0043) 1531 22-1037,
E-Mail g.lienbacher@vfgh.gv.at

Lindner, Dr. Josef Franz, Professor,
Großhaderner Straße 14 b,
81375 München,
(089) 7032 45,
Fax (089) 7400 9385,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie,
Universität Augsburg, Universitätsstr. 24,
86159 Augsburg,
(0821) 598 4970,
Fax (0821) 598 14 4970
E-Mail josef.lindner@jura.uni-augsburg.de

Link, Dr. jur. Dres. theol. h.c.
Heinz-Christoph, em. Professor,
Geisbergstraße 8, 91056 Erlangen
(09131) 2093 35,
Fax (09131) 5345 66;
Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht,
Hindenburgstr. 34, 91054 Erlangen,
(09131) 852 2825,
Fax (09131) 852 4064

Linke, Dr. Tobias, Privatdozent,
Universität Bonn,
(02241) 9220010,
E-Mail tobias.linke@jura.uni-bonn.de

Löwer, Dr. Wolfgang, Professor,
Hobsweg 15, 53125 Bonn,
(0228) 2506 92,
Fax (0228) 2504 14;
Universität Bonn,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 7392 78/7392 80,
Fax (0228) 7339 57,
E-Mail w.loewer@uni-bonn.de

Lohse, Dr. Eva Julia,
Privatdozentin,
Bohlenplatz 7, 91054 Erlangen,
(09131) 9756146,
E-Mail eva.j.lohse@fau.de

Lorenz, Dr. Dieter, o. Professor,
Bohlstr. 21, 78465 Konstanz,
(07533) 6822;
Universität Konstanz,
Postfach 55 60 D 100, Universitätsstr. 10,
78434 Konstanz,
(07531) 8825 30,
E-Mail Dieter.Lorenz@uni-konstanz.de

Lorz, Dr. Ralph Alexander, Hessischer
Kultusminister, Apl. Professor, LL.M.
(Harvard), Attorney-at-Law (New York),
Rheingaustr. 161, 65203 Wiesbaden
(0170) 412 1866;
Hessisches Kultusministerium
Luisenplatz 10, 65185 Wiesbaden
(0611) 368-2000
E-Mail al.lorz@uni-duesseldorf.de

Losch, Dr. phil. Dr. iur. Bernhard, Professor,
Ulrich-Hofmaier-Str. 45, 86159 Augsburg,
(0829) 6609 6164

Luchterhandt, Dr. Otto, Professor,
Im Wendischen Dorfe 28, 21335 Lüneburg,
(04131) 2329 65,
Fax (04131) 2329 65;
Universität Hamburg,
Schlüterstr. 28 (Rechtshaus),
20146 Hamburg,
(040) 42838-4562,
E-Mail ottolucht@arcor.de

Ludwigs, Dr. Markus,
Universitätsprofessor,
Frankenberger Straße 52, 52066 Aachen;
Tiepolostraße 2b, 97070 Würzburg,
(0241) 95719015;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Europarecht, Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(0931) 31-89979,
E-Mail ludwigs@jura.uni-wuerzburg.de

Lübbe-Wolff, Dr. Gertrude, Professorin,
(0521) 8826 59;
Universität Bielefeld,
Fakultät Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, Postfach 100131,
33615 Bielefeld,
(0521) 106-4386,
Fax (0521) 106-8085,
E-Mail Gertrude.Luebbe-Wolff@uni-bielefeld.de

Lüdemann, Dr. iur. habil. Jörn,
Schloßstr. 47, 53115 Bonn,
(0228) 2420584/ (0176) 43105111;
Max-Planck-Insitut zur Erforschung von
Gemeinschaftsgütern,
Kurt-Schumacher-Str. 10, 53113 Bonn,
E-Mail luedemann@coll.mpg.de

Lühmann, Dr. Hans, Privatdozent,
Pannebäcker Str. 7a, 40593 Düsseldorf,
(0211) 239 9534

Luther, Dr. Jörg, Professor
Via Roero di Cortanze 2, I-10124 Torino,
(0039) 011 835 607,
Dipartimento POLIS
Via Cavour 84, I-15100 Alessandria,
(0039) 0131 283 745,
Fax (0039) 0131 283 704
E-Mail luther@sp.unipmn.it

Mächler, Dr. iur. August, Professor,
Schindellegistrasse 15, CH-8808 Pfäffikon,
(0041) 554 1043 20;
Sicherheitsdepartement des Kt. Schwyz,
Postfach 1200, 6431 Schwyz,
(0041) 418 1920 02,
Fax (0041) 418 1920 19,
E-Mail august-maechler@swissonline.ch

März, Dr. Wolfgang, Professor,
Zelckstraße 1, 18055 Rostock,
(0381) 377 9255,
Fax (0381) 377 9256;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, Universität Rostock,
Ulmenstr. 69 (Haus 3), 18057 Rostock,

(0381) 498 8190,
Fax (0381) 498 118 8190,
E-Mail wolfgang.maerz@uni-rostock.de

Magen, Dr. Stefan, M.A., Professor,
Kallenweg 6, 53129 Bonn,
(0228) 9091 7679;
Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsökonomik,
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,
(0234) 32-22809,
Fax (0234) 32-14327
E-Mail magen@rub.de

Mager, Dr. Ute, Universitätsprofessorin,
Universität Heidelberg, Juristische Fakultät,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg,
(06221) 5477 37 oder (0171) 554 0078,
E-Mail ute.mager@jurs.uni-heidelberg.de

Magiera, Dr. Siegfried,
Universitätsprofessor,
Feuerbachstr. 1, 67354 Römerberg,
(06232) 84898;
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,
(06232) 654 348,
E-Mail s.magiera@uni-speyer.de

Mahlmann, Dr. Matthias, Professor,
Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht, Universität Zürich,
Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich,
(0041) 44634 1569,
Fax (0041) 44634 4391,
E-Mail lst.mahlmann@rwi.uzh.ch

Majer, Dr. jur. utr. Diemut, Rechtsanwältin,
Universitätsprofessorin,
Universität Bern;
Welfenstr. 35, 76137 Karlsruhe,
(0721) 8166 50,
Fax (0721) 8176 63,
E-Mail majer@kanzlei-karlstr62.de

Mangold, Dr. Anna Katharina, Priv.-Doz.,
LL.M. (Cambridge),
Goethe-Universität Frankfurt am Main
Schumpeter Fellow,
Institut für Öffentliches Recht,
Theodor-W-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 798 34283,
Fax (096) 798 34513
E-Mail mangold@jur.uni-frankfurt.de

Mangoldt, Dr. Hans von, Professor,
Goetheweg 1, 72147 Nehren,
(07473) 7908;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(07071) 297 3302

Mann, Dr. Thomas, Professor,
Im Torfveen 19, 46147 Oberhausen,
(0208) 6754 98;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, Juristische Fakultät,
Georg-August-Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 6,
37073 Göttingen,
(0551) 39-21160,
Fax (0551) 39-21161,
E-Mail sekretariatmann@jura.uni-goettingen.de

Manssen, Dr. Gerrit,
Universitätsprofessor,
Konrad-Adenauer-Allee 15,
93051 Regensburg,
(0941) 928 45;
Juristische Fakultät,
Universität Regensburg,
93040 Regensburg,
(0941) 943-3255,
Fax (0941) 943-3257,
E-Mail Gerrit.Manssen@jura.uni-regensburg.de

Mantl, Dr. Dr. h.c. Wolfgang,
em. o. Universitätsprofessor,
Wiener Str. 256/XI/33, A-8051 Graz,
(0043) 316-68 1306;
Institut für Österreichisches, Europäisches
und Vergleichendes Öffentliches Recht,
Politikwissenschaft und Verwaltungslehre,
Karl-Franzens-Universität Graz,
Universitätsstr. 15/K3, A-8010 Graz,
(0043) 316-380 3370,
E-Mail wolfgang.mantl@uni-graz.at

Marauhn, Dr. Thilo, M.Phil., Professor,
An der Fels 20, 35435 Wettenberg,
(0641) 877 3275,
Fax (0641) 877 3275,
E-Mail thilo.marauhn@recht.uni-giessen.de;
Professur für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht, Justus-Liebig-Universität Gießen,
Licher Straße 76, 35394 Gießen,
(0641) 992 1150/51,
Fax (0641) 992 1159,
E-Mail intlaw@recht.uni-giessen.de

Marko, Dr. Joseph, o. Professor,
Kasernstr. 35, A-8010 Graz,
(0043) 316-46 2238;
Institute of Austrian, European and Comparative Public Law and Political Sciences,
University of Graz,
Universitätsstraße 15/B4, A-8010 Graz,
(0043) 316 380-3374,
Fax (0043) 316 380-94 2,
E-Mail josef.marko@uni-graz.at

Marsch, Dr. Nikolaus, D.I.A.P. (ENA);
Privatdozent,
Haydnstr. 29, 79104 Freiburg;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Institut für Informations- und Medienrecht,
79085 Freiburg,
(0761) 203-97735,
Fax (0761) 203-97542,
E-Mail nikolaus.marsch@jura.
uni-freiburg.de

Marti, Dr. Arnold, Titularprofessor
der Universität Zürich,
Fernsichtstraße 5, CH-8200 Schaffhausen,
(0041) 52-624 1810,
E-Mail a.g.marti@swissonline.ch

Martínez Soria, Dr. José,
Universitätsprofessor,
Stiftungsprofessur für Agrarrecht und
Öffentl. Recht, Institut für Landwirtschaftsrecht der Universität Göttingen,
Juristische Fakultät,
Platz der Göttinger Sieben 5,
37073 Göttingen,
(0551) 39-27415,
Fax (0551) 39-26080,
E-Mail jmartin@gwdg.de

Martini, Dr. Mario, Professor,
Adams-Lehmann-Str. 8, 80797 München,
(089) 3200 2610;
Lehrstuhl für Verwaltungswissenschaft,
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften
Speyer, Freiherr-vom-Stein-Straße 2,
67346 Speyer,
(06232) 654-338,
Fax (06232) 654-404,
E-Mail martini@uni-speyer.de

Masing, Dr. Johannes, Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts,
Schlossbezirk 3, 76131 Karlsruhe;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Platz der Alten Synagoge, 79085 Freiburg,
(0761) 203-2252,
Fax (0761) 203 2293,
E-Mail johannes.masing@jura.
uni-freiburg.de

Matz-Lück, Dr., Nele, Professorin, LL.M.,
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Christian-Albrechts-Platz 4; Ko-Direktorin
des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht, Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht, beides:

24118 Kiel,
(+49) 431 880-2083,
Fax (+49) 431 880-1619,
E-Mail nmatz@wsi.uni-kiel.de

Maurer, Dr. Hartmut, o. Professor,
Säntisblick 10, 78465 Konstanz,
(07533) 1312;
Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Postfach 118, 78457 Konstanz,
(07531) 8836 57,
Fax (07531) 8831 96,
E-Mail hartmut.maurer@uni-konstanz.de

Mayer, Dr. Franz, LL.M. (Yale), Universitätsprofessor,
Universität Bielefeld, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(0521) 106-4412,
Fax (0521) 106-89016,
E-Mail franz.mayer@uni-bielefeld.de

Mayer-Tasch, Dr. Peter Cornelius, Professor,
Am Seeberg 13, 86938 Schondorf,
(08192) 8668;
Geschwister-Scholl-Institut für Politische Wissenschaft der LMU München,
Oettingenstraße 67,
80538 München,
(089) 288 0399-0,
Fax (089) 288 0399-22
E Mail mayer-tasch@hfp.mhn.de

Mayrhofer, Dr. Michael, Assoz. Univ.-Professor,
Schnopfhagenstraße 4/1, 4190 Bad Leonfelden, Lehrstuhl für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Leitung Abteilung für Technikrecht,
Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre,
Altenbergerstraße 69, 4040 Linz,
(0732) 2468 1868,
Fax (0732) 2468 1870,
E-Mail michael.mayrhofer@jku.at

Mehde, Dr. Veith, Mag.rer.publ., Professor,
Lilienstr. 23, 30167 Hannover,
(0511) 98 2906;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, Leibniz Universität Hannover,
Königsworter Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 762-8206, Sekr.: -8207,
Fax (0511) 762-19106,
E-Mail mehde@jura.uni-hannover.de

Meinel, Dr. Florian, Universitätsprofessor,
Universität Würzburg, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(0931) 31-88 122
E-Mail florian.meinel@uni-wuerzburg.de

Merli, Dr. Franz, Universitätsprofessor,
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 1 4277 35421,
E-Mail franz.merli@univie.ac.at

Merten, Dr. Dr. Detlef, o. Professor,
Von-Dalberg-Str. 8, 67487 St. Martin,
(06323) 1875;
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6, 67346 Speyer,
(06232) 654-349; oder -330,
E-Mail merten@uni-speyer.de

Meßerschmidt, Dr. Klaus, Privatdozent,
Hynspergstr. 29, 60322 Frankfurt am Main,
(069) 5545 87;
University of Latvia, EuroFaculty,
Raina bulv. 19, LV-1586 Riga/Lettland,

(00371) 782 0278,
Fax (00371) 782 0260,
E-Mail Messerschmidtkl@aol.com

Meyer, Dr. Dr. h. c. Hans, Professor,
Georg-Speyer-Str. 28,
60487 Frankfurt am Main,
(069) 7701 2926,
Fax (069) 7 01 2927;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3528 (Sekr.) oder -3347,
Fax (030) 2093-2729,
E-Mail Hans.Meyer@rewi.hu-berlin.de

Meyer, Dr. Stephan, Privatdozent,
Universität Erfurt,
Nordhäuser Str. 63, 99089 Erfurt,
(0361) 737-4762,
Fax (0361) 737-4709,
E-Mail stephan.meyer@uni-erfurt.de

Meyn, Dr. Karl-Ulrich, Professor,
Leyer Str. 36, 49076 Osnabrück,
(0541) 1 64 82;
Universität Jena,
Schillerhaus, Schillergässchen 2,
07745 Jena,
(03641) 9311 85,
Fax (03641) 9311 87,
E-Mail karl-ulrich.meyn@t-online.de

Michael, Dr. Lothar, Professor,
Professur für Öffentliches Recht,
Universitätsstraße 1, Geb. 24.91,
40225 Düsseldorf,
(0211) 811 1412,
E-Mail Lothar.Michael@uni-duesseldorf.de

Moeckli, Dr. Daniel, Professor,
Donnerbühlweg 30, CH-3012 Bern
Assistenzprofessur für Völkerrecht und Staatsrecht, Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut
Rämistraße 74/50, CH-8001 Zürich,
(+41) 44 634 36 94,
Fax (+41) 44 634 49 11,
E-Mail daniel.moeckli@rwi.uzh.ch

Möllers, Dr. Christoph, LL.M.,
Professor,
Zehdenicker Str. 14, 10119 Berlin;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Verfassungsrecht und
Rechtsphilosophie,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-35 85,
Fax (030) 2093-3552,
E-Mail sekretariat.moellers@rewi.hu-berlin.de

Möstl, Dr. Markus, Professor,
Birkenstraße 77, 95447 Bayreuth,
(0921) 507 168;
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche
Fakultät
Universitätsstr. 30, 95440 Bayreuth,
(0921) 55-2866,
Fax (0921) 55-2041,
E-Mail markus.moestl@uni-bayreuth.de

Morgenthaler, Dr. Gerd, Professor,
Tilsiter Str. 33, 57250 Netphen;
Universität Siegen, Fachbereich 5,
Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen,
(0271) 740 2402,
E-Mail morgenthaler@recht.wiwi.uni-siegen.de

Morlok, Dr. Martin, Professor,
Poßbergweg 51, 40629 Düsseldorf,
(0211) 2868 68;
Heinrich-Heine-Universität,
Juristische Fakultät,
Universitätsstr. 1, Gebäude 24.91,
40225 Düsseldorf,
(0211) 81 11465,
Fax (0211) 81 11460,
E-Mail ls.morlok@uni-duesseldorf.de

Morscher, Dr. Siegbert,
em. Universitätsprofessor,
Tschiggyfreystr. 11a, A-6020 Innsbruck,
(0043) 512-28 6210;
Leopold-Franzens-Universität, Institut
für Öffentliches Recht, Staats- und
Verwaltungslehre,
Innrain 52d, A-6020 Innsbruck,
(0043) 512-5078210 od. -11,
Fax (0043) 512-5072828,
E-Mail siegbert.morscher@uibk.ac.at

Muckel, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,
Oberer Grifflenberg 152, 42119 Wuppertal
(0202) 6957303;
Universität zu Köln, Institut für Kirchen-
recht, 50923 Köln,
(0221) 470-3777 oder 470-2679,
E-Mail Kirchenrecht@uni-koeln.de

Mückl, Dr. Stefan, apl. Professor,
Adenauerallee 129, 53115 Bonn;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.,
Institut für Öffentliches Recht IV,
Platz der Universität 3,
79085 Freiburg i.Br.,
(0761) 203-2264,
Fax (0761) 203-2297,
E-Mail s.mueckl@gmx.de

Müller, MMag Dr. Andreas Th., LL.M.
(Yale), Universitätsprofessor,
Institut für Europarecht und Völkerrecht,
Universität Innsbruck,
Innrain 52, 6020 Innsbruck,
(+43) 512 507 81409;
Fax (+43) 512 507 81599,
E-Mail andreas.mueller@uibk.ac.at

Müller, Dr. Bernhard, Privatdozent,
Lisseeweg 36/2, A-1210 Wien,
(0043) 676 934 9343;
Dorda Brugger Jordis
Rechtsanwälte GmbH,
Dr.-Karl-Lueger-Ring 10, A-1010 Wien,
(0043) 1533 4795 57,
Fax (0043) 1533 4795 5057,
E-Mail bernhard.mueller@dbj.at

Müller, Dr. Dr. h.c. Georg, o. Professor em.,
Sugenreben 29 C, CH-5018 Erlinsbach,
(0041) 62 844 3873,
E-Mail georg-mueller@sunrise.ch

Müller, Dr. Dr. h.c. Jörg Paul,
o. Professor em.,
Universität Bern,
Kappelenring 42a,
CH-3032 Hinterkappelen bei Bern,
(0041) 319 01 0570,
E-Mail jpmueller@bluewin.ch

Müller, Dr. Markus, Professor,
Institut für öffentliches Recht, Universität
Bern, Schanzeneckstraße 1, CH-3001 Bern,
(0041) 31 631 4594,
E-Mail markus.mueller@oefre.unibe.ch

Müller, Dr. Thomas, Universitätsprofessor,
LL.M.,
Universität Salzburg, Kapitelgasse 5–7,
A-5020 Salzburg,
(+43) 662/8044-3623,
Fax (+43) 662 / 8044-303,
E-Mail thomas.mueller2@sbg.ac.at

Müller-Franken, Dr. Sebastian, Professor,
Schützenstr. 1c, 35039 Marburg/Lahn,
(06421) 207 0340 oder
Westermühlstr. 28, 80469 München,
(089) 2023 9828;
Professur für Öffentliches Recht,
Philipps-Universität Marburg,
Universitätsstraße 6, 35032 Marburg/Lahn,
(06421) 282 3122,
Fax (06421) 282 3840,
E-Mail mueller-franken@jura.
uni-marburg.de

Müller-Terpitz, Dr. Ralf, Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Recht der
Wirtschaftsregulierung und Medien,

Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim,
Schloss Westflügel, 68131 Mannheim,
(0621) 181-1857;
Fax (0621) 181 1860
E-Mail mueller-terpitz@uni-mannheim.de

Münch, Dr. Dr. h.c. Ingo von, Professor,
Hammerichstr. 2 A,
22605 Hamburg,
(040) 880 99 506,
Fax (040) 8234 49

Murswiek, Dr. Dietrich, o. Professor,
Lindenaustr. 17, 79199 Kirchzarten,
(07661) 992 37;
Institut für Öffentliches Recht,
Universität Freiburg, 79085 Freiburg,
(0761) 203-2237 oder -41,
Fax (0761) 203-2240,
E-Mail Dietrich.Murswiek@jura.uni-freiburg.de

Musil, Dr. Andreas, Professor,
Mendelssohn-Bartholdy-Str. 34,
14480 Potsdam,
(0331) 745 3453;
Universität Potsdam, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungs- und Steuerrecht,
August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam,
(0331) 977 3233,
E-Mail musil@uni-potsdam.de

Mußgnug, Dr. Reinhard, o. Professor,
Keplerstr. 40, 69120 Heidelberg,
(06221) 4362 22,
Fax (06221) 4083 09;
Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg,
(06221) 5474 66,
Fax (06221) 5476 54,
E-Mail Reinhard.Mussgnug@urz.uni-heidelberg.de

Mutius, Dr. Albert von, o. Professor,
Hof „Frankenthaler Moor“,
Poseritz-Ausbau Nr. 8,
18574 Poseritz auf Rügen,
(038307) 40599, Mobil (0176) 2182 0581,
Fax (038307) 4 03 49,
E-Mail avm.law@gmx.de

Muzak, Dr. Gerhard, Universitätsprofessor,
Theodor-Körner-Gasse 20/8, A-1210 Wien;
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 1 42 77 35423,
E-Mail gerhard.muzak@univie.ac.at

Nettesheim, Dr. Martin, o. Professor,
Horemer 13, 72076 Tübingen,
(07071) 2546 04;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz,
72074 Tübingen,
(07071) 297 2560,
Fax (07071) 2958 47,
E-Mail Nettesheim@jura.uni-tuebingen.de

Neumann, Dr. Volker, Professor,
Neckarstaden 10, 69117 Heidelberg,
(06221) 1612 66;
E-Mail volker.neumann@rewi.hu-berlin.de

Niedobitek, Dr. Matthias,
Universitätsprofessor,
Weststr. 99, 09116 Chemnitz,
(0371) 275 504 18;
Professur für Europäische Integration mit dem Schwerpunkt Europäische Verwaltung,
Technische Universität Chemnitz,
Thüringer Weg 9, 09126 Chemnitz,
(0371) 531-349 12,
E-Mail matthias.niedobitek@phil.tu-chemnitz.de

Nierhaus, Dr. Michael, Professor,
Am Moosberg 1c, 50997 Köln,
(02236) 636 29,

Fax (02236) 9637 95,
E-Mail michael@nierhaus.org

Nolte, Dr. Georg, Professor,
Bamberger Straße 32, 10779 Berlin,
(030) 5367 4192;
Institut für Völker- und Europarecht,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3349,
Fax (030) 2093-3384,
E-Mail georg.nolte@rewi.hu-berlin.de

Nolte, Dr. Jakob, Privatdozent,
Rue des Pavillons 15, CH-1205 Genf,
(0041) 22-3203 427;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät, Unter den Linden 6,
10099 Berlin,
(030) 2093-3459,
Fax (030) 2093 3345,
E-Mail jakob.nolte@rewi.hu-berlin.de

Nolte, Dr. Martin, Professor,
Judenpfad 9, 50996 Köln,
(02236) 895 2984,
(0151) 5444 0606 (Mobil);
Deutsche Sporthochschule Köln,
Professur für Sportrecht,
Am Sportpark Müngersdorf 6, 50933 Köln,
(0221) 4982 6088,
Fax (0221) 4982 8145,
E-Mail M.Nolte@dshs-koeln.de

Novak, Dr. Richard, o. Professor,
Thadd. Stammel-Str. 8, A-8020 Graz,
(0043) 316-5 3516;
Universität (0043) 316-380-3371,
E-Mail richard.novak@uni-graz.at

Nowak, Dr. Carsten, Universitätsprofessor,
Jevenstedter Str. 69g, 22547 Hamburg,
(040) 880 0317;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.
Europarecht, Europa-Universität Viadrina
Frankfurt (Oder),
Große Scharrnstr. 59,
15230 Frankfurt (Oder),
(0335) 5534-2710, -2711,
Fax (0335) 5534-7 2711,
E-Mail cnowak@europa-uni.de

Nowrot, Dr. Karsten, LL.M. (Indiana),
Professor,
Tulpenweg 10, 24220 Flintbek,
(04347) 9093955;
Universität Hamburg,
Fachbereich Sozialökonomie,
Von-Melle-Park 9, 20146 Hamburg,
(040) 42838-3207,
Fax (040) 42838-8129,
E-Mail Karsten.Nowrot@wiso.
uni-hamburg.de

Nußberger, Dr. Angelika, Professorin,
Eichenhainallee 15,
51427 Bergisch Gladbach;
Institut für Ostrecht an der Universität
zu Köln,
Klosterstr. 79 d, 50931 Köln,
(0221) 470 5583,
Fax (0221) 470 5582,
E-Mail angelika.nussberger@uni-koeln.de

Oebbecke, Dr. Janbernd,
Universitätsprofessor,
Huberstr. 13a, 48151 Münster,
(0251) 230 5170;
Kommunalwissenschaftliches Institut,
Universität Münster,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(0251) 83-2 1806,
Fax (0251) 83-218 33,
E-Mail oebbecke@uni-muenster.de

Öhlinger, Dr. Theo,
o. Universitätsprofessor,
Tolstojgasse 5/6, A-1130 Wien,
(0043-1) 877 1260;
Universität Wien, Schottenbastei 10–16,
A-1010 Wien,
E-Mail theodor.oehlinger@univie.ac.at

Oesch, Dr. Matthias, Professor,
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht,
Rämistraße 74/18, CH-8001 Zürich,
(0041) 44 634 5952,
E-Mail matthias.oesch@rwi.uzh.ch

Oeter, Dr. Stefan, Professor,
Wulfsdorfer Weg 122, 22359 Hamburg,
(040) 6095 1957;
Universität Hamburg, Institut für Internationale Angelegenheiten,
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
(040) 42838 4565,
Fax (040) 42838 6262,
E-Mail S-Oeter@jura.uni-hamburg.de

Ogorek, Dr. Markus, LL.M. (Berkeley), Professor,
Brucknerstraße 3, 50931 Köln;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, öffentliches und privates Wirtschaftsrecht,
EBS Universität für Wirtschaft und Recht,
EBS Law School,
Gustav-Stresemann-Ring 3,
65189 Wiesbaden,
(0611) 7102 2237,
Fax (0611) 7102 10 2237,
E-Mail markus.ogorek@ebs.edu

Ohler, Dr. Christoph, LL.M., Professor,
Berghoffsweg 4, 07743 Jena,
(03641) 2070 81;
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Friedrich-Schiller-Universität Jena,
Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena
(03641) 9422 60,
Fax (03641) 9422 62,
E-Mail christoph.ohler@recht.uni-jena.de

Oppermann, Dr. Dres. h.c. Thomas,
o. Professor,
Burgholzweg 122, 72070 Tübingen,
(07071) 495 33,
Fax (07071) 447 02,
E-Mail oppermannprof@aol.com;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(07071) 297 2558,
Fax (07071) 2958 47,
E-Mail Thomas.Oppermann@uni-tuebingen.de

Ossenbühl, Dr. Fritz, Professor,
Im Wingert 12, 53340 Meckenheim,
(02225) 174 82;
Universität Bonn, 53113 Bonn,
(0228) 7355-72 oder -73

Osterloh, Dr. Lerke, Professorin,
Richterin des Bundesverfassungsgerichts a. D.,
Dünkelbergsteig 6, 14195 Berlin,
(030) 8200 7552,
Fax (030) 8200 7550;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Frankfurt, Postfach 11 19 32,
60054 Frankfurt am Main,
(069) 79 82 2711 oder 2 8611,
Fax (069) 79 82 2562,
E-Mail osterloh@jur.uni-frankfurt.de

Pabel, Dr. Katharina, Professorin,
Ortmayrstraße 9, A-4060 Leonding,
(0043) 732 680550;
Johannes Kepler Universität Linz,
Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre,
Altenberger Straße 69, A-4040 Linz,
(0043) 732/2468-8490,
Fax (00 43) 732/2468-8489,
E-Mail katharina.pabel@jku.at

Pabst, Dr. Heinz-Joachim, Privatdozent,
Universität zu Köln, Prüfungsamt der Rechtswissenschaftlichen Fakultät,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(0221) 470-5799,
Fax (0221) 470-6722,
E-Mail hpabst@uni-koeln.de

Pache, Dr. Eckhard, Professor,
Hauptstraße 82, 97218 Gerbrunn;
Julius-Maximilians-Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(0931) 31-823 09,
Fax (0931) 31-2319,
E-Mail pache@jura.uni-wuerzburg.de

Palm, Dr. Ulrich, Professor,
Universität Hohenheim, Lehrstuhl
für Öffentliches Recht, Finanz- und
Steuerrecht,
Schloss Osthof-Nord, 70559 Stuttgart,
(0711) 459-22791,
Fax (0711) 459-23482,
E-Mail palm@uni-hohenheim.de

Papier, Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen, em.
o. Professor, Präsident des Bundesver-
fassungsgerichts a. D.,
Mitterfeld 5a, 82327 Tutzing;
Institut für Politik und Öffentliches Recht,
Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-3339,
E-Mail hans-juergen@prof-papier.de

Paulus, Dr. Andreas, Professor,
Hermann-Föge-Weg 17,
37073 Göttingen;
Institut für Völkerrecht und Europarecht,
Platz der Göttinger Sieben 5,
37073 Göttingen,
(0551) 3947 51,
Fax (0551) 3947 67,
E-Mail apaulus@jura.uni-goettingen.de

Pauly, Dr. Walter, o. Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Rechts- und Verfassungsgeschichte,
Rechtsphilosophie,
Universität Jena,
Carl-Zeiss-Str. 3, 07743 Jena,
(03641) 9422 30 oder -31,
Fax (03641) 9422 32,
E-Mail W.Pauly@recht.uni-jena.de

Payandeh, Dr. Mehrdad, LL.M. (Yale),
Professor,
Weidenallee 54, 20357 Hamburg;
Bucerius Law School,
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg,
(+49) 40 3 07 06-201,
Fax (+49) 40 3 07 06-235,
E-Mail mehrdad.payandeh@law-school.de

Pechstein, Dr. Matthias,
Universitätsprofessor,
Lindenallee 40, 14050 Berlin,
(030) 301 9417,
Fax (030) 301 9417;
Jean-Monnet-Institut für Öffentliches Recht
und Europarecht, Europa-Universität
Viadrina Frankfurt (Oder),
Große Scharrnstr. 59,
15230 Frankfurt (Oder),
(0335) 5534-2761,
Fax (0335) 5534-2769,
E-Mail sekretariat-pechstein@europa-
uni.de

Peine, Dr. jur. Dr. h.c. Franz-Joseph,
Professor,
Kurpromenade 56, 14089 Berlin-Kladow,
(030) 365 6193,
Fax (030) 365 6193,
E-Mail fjpeineberlin@t-online.de

Pernice, Dr. Ingolf, Universitätsprofessor,
Laehrstraße 17a, 14165 Berlin,
(030) 8472 3615,
Fax (030) 8450 9162;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Völker- und Europarecht,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3440,
Fax (030) 2 93-3449,
E-Mail ingolf.pernice@rz.hu-berlin.de

Perthold-Stoitzner, Dr. Bettina,
Universitätsprofessorin,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,

Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien,
Schottenbastei 10–16,
A-1010 Wien,
(+ 43) 1-4277-35425,
E-Mail bettina.perthold@univie.ac.at

Pestalozza, Dr. Christian Graf von, Universitätsprofessor (em.),
Freie Universität Berlin, Institut für Staatslehre, Staats-und Verwaltungsrecht,
Dienstanschrift: Van't-Hoff-Str. 8,
14195 Berlin (Dahlem),
Postanschrift: Bayernallee 12,
14052 Berlin (Westend),
(030) 3046 329 od. 8385 3014,
Fax (030) 3081 3104,
E-Mail c.pestalozza@fu-berlin.de

Peters, Dr. Anne, LL.M., Professorin,
Direktorin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535,
69120 Heidelberg,
(06221) 482 307,
Fax (06221) 482 288,
E-Mail apeters-office@mpil.de

Petersen, Dr. Niels, Professor
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht sowie empirische Rechtsforschung,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Bispinghof 24/25, 48143 Münster
(0251) 83 21862,
E-Mail niels.petersen@uni-muenster.de

Pielow, Dr. Johann-Christian, Professor,
Stiepeler Str. 96, 44801 Bochum,
(0234) 746 33;
Ruhr-Universität Bochum,
Fakultät für Wirtschaftswissenschaft – Recht der Wirtschaft,
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,
(0234) 3225 7234,
Fax (0234) 321 4074,
E-Mail christian.pielow@ruhr-uni-bochum.de

Pieper, Dr. Stefan Ulrich, apl. Professor,
Bundespräsidialamt,
Spreeweg 1, 10557 Berlin,
(030) 2000 21 20,
Fax (030) 2000-1 99,
E-Mail stefan.pieper@bpra.bund.de

Pieroth, Dr. Bodo, Professor,
Gluckweg 19, 48147 Münster,
(0251) 2332 91,
Fax (0251) 2332 94;
Universität Münster,
Universitätsstr. 14–16,
48143 Münster,
(0251) 8321 900,
Fax (0251) 8321 901,
E-Mail pieroth@uni-muenster.de

Pietzcker, Dr. Jost, Professor,
Hausdorffstr. 95, 53129 Bonn,
(0228) 2339 54;
Universität Bonn, 53113 Bonn,
(0228) 7391 77,
E-Mail Pietzcker@jura.uni-bonn.de

Pirker, Dr. Benedikt, Privatdozent,
Institut für Europarecht,
Universität Freiburg,
Avenue de Beauregard 11,
CH-1700 Fribourg,
(+41) 26 300 8362,
Fax (+41) 26 300 9776,
E-Mail benedikt.pirker@unifr.ch

Pirson, Dr. Dr. Dietrich, o. Professor,
Brunnenanger 15, 82418 Seehausen,
(08841) 47868;
Universität München,
Professor-Huber-Platz 2,
80539 München,
(089) 2180-2715,
E-Mail d.pirson@gmx.de

Pitschas, Dr. Dr. h.c. Rainer,
o. Universitätsprofessor, Doctor et Professor honoris causa der EÖTVÖS Lorand Universität Budapest/Ungarn (ELTE),
Hermann-Jürgens-Str. 8,
76829 Landau-Godramstein,
(06341) 9693 81,
Fax (06341) 9693 82,
E-Mail r.pitschas.landau@t-online.de;
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 1409, 67324 Speyer,
(06232) 654-345,
Fax (06232) 654-305,
E-Mail rpitschas@uni-speyer.de

Pöschl, Dr. Magdalena, Univ.-Prof.,
Institut für Staats-und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(+43) 1-4277-354 71,
E-Mail magdalena.poeschl@univie.ac.at

Polzin, Dr. Monika, Professorin,
Juniorprofessur für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Völkerrecht,
Universität Augsburg,
Juristische Fakultät,
Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg,
(0821) 598-4663;
Fax (0821) 598-144663,
E-Mail monika.polzin@jura.uni-augsburg.de

Poscher, Dr. Ralf, Universitätsprofessor,
Zasiusstr. 6, 79102 Freiburg,
(0761) 612 4191;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Abt. 2: Rechtsphilosophie,
Platz der Alten Synagoge 1,
79085 Freiburg,
(0761) 20397 570;
Fax (0761) 20397 571,
E-Mail rechtsphilosophie@jura.uni-freiburg.de

Potacs, Dr. Michael, Professor,
Hammerschmidtgasse 5/3/2, A-1190 Wien,
(+43) 1324 6623;
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Abteilung Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43) 1 4277 35452,
E-Mail michael.potacs@univie.ac.at

Preuß, Dr. Ulrich K., Professor,
Friedbergstraße 47, 14057 Berlin,
(030) 3081 9433;
Hertie School of Governance,
Schlossplatz 1, 10178 Berlin,
(030) 212 3123 10,
Fax (030) 212 3129 99,
E-Mail ukpreuss@hertie-school.org

Proelß, Dr. Alexander, Professor,
Peter-Thomas-Str. 4, 54296 Trier;
Fachbereich V – Rechtswissenschaft,
Universität Trier, Universitätsring 15,
54296 Trier
(0651) 201 2587,
Fax (0651) 201 3803
E-Mail proelss@uni-trier.de

Pünder, Dr. Hermann, LL.M (Iowa),
Universitätsprofessor,
Hagedornstraße 25, 20149 Hamburg,
(040) 4146 6934;
Bucerius Law School, Lehrstuhl für Öffentliches Recht (einschließlich Europarecht), Verwaltungswissenschaft und Rechtsvergleichung,
Postfach 30 10 30, 20304 Hamburg,
(040) 30706-260,
Fax (0 40) 30706-235,
E-Mail hermann.puender@law-school.de

Pürgy, Dr. Erich, Hofrat Privatdozent,
Verwaltungsgerichtshof
Judenplatz 11, A-1010 Wien
(0043) 1 53111/101231 und (0043) 650/9264314
erich.puergy@vwgh.gv.at

Püttner, Dr. Dr. h.c. Günter, o. Professor,
Schwerdstraße 3, 67346 Speyer,
(06232) 71997
Puhl, Dr. Thomas, o. Professor,
In der Aue 26a, 69118 Heidelberg,
(06221) 8036 64,
Fax (06221) 8036 69;
Universität Mannheim,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Schloss – Westflügel (W 226),
68131 Mannheim,
(0621) 181 1354/-1355,
Fax (0 21) 181 1361,
E-Mail puhl@staffmail.uni-mannheim.de

Puttler, Dr. Adelheid, LL.M. (University of Chicago), diplomée de l'E.N.A., Universitätsprofessorin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht, Ruhr-Universität Bochum,
44780 Bochum,
(0234) 322 2820,
Fax (0234) 321 4139,
E-Mail LS-Puttler@Ruhr-Uni-Bochum.de

Ramsauer, Dr. Ulrich, Professor, VRiOVG,
Wiesenstraße 5, 20255 Hamburg,
(040) 4318 1 53;
Universität Hamburg,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Seminar für Verwaltungslehre,
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
(040) 42838-4965,
Fax (040) 42838-5670,
E-Mail ulrich.ramsauer@uni-hamburg.de

Randelzhofer, Dr. Albrecht, o. Professor,
Wulffstr. 12, 12165 Berlin,
(030) 7926 085

Raschauer, Dr. Bernhard,
o. Universitätsprofessor,
Josefstädter Straße 43/2/40, A-1080 Wien
E-Mail bernhard.raschauer@kwr.at

Raschauer, Dr. Nicolas,
Universitätsprofessor,
CHSH Rechtsanwälte Wien
Parkring 2, A-1010 Wien
(+43) 1-51435-451,
Fax (+43) 1-51435-35
E-Mail nicolas.raschauer@gmail.com

Rasenack, Dr. Christian A.L., LL.M.,
Professor,
Taunusstr. 8, 12309 Berlin,
(030) 745 2543;
TU Berlin, Fakultät VIII, Institut für Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftsrecht,
Straße des 17. Juni 135, 10623 Berlin,
(030) 3142-5874,
Fax (030) 745 2543,
E-Mail christian.rasenack@mailbox.tu-berlin.de

Rauschning, Dr. Dr. h.c. Dietrich,
o. Professor,
Rodetal 1, 37120 Bovenden,
(05594) 93174,
Fax (05594) 93175;
Institut für Völkerrecht,
Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 5,
37073 Göttingen,
(0551) 3947 51,
E-Mail drausch@gwdg.de

Reich, Dr. Johannes, LL.M. (Yale),
Professor,
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umweltrecht und Energierecht,
Rämisstraße 74/8, CH-8001 Zürich,
(0041) 44 634 2795
E-Mail johannes.reich@rwi.uzh.ch

Reimer, Dr. Ekkehart, Professor,
Institut für Finanz- und Steuerrecht,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Prin-

zipien des Europäischen und
Internationalen Steuerrechts,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg,
(06221) 5474 67,
Fax (06221) 5477 91,
E-Mail Reimer@uni-heidelberg.de

Reimer, Dr. Franz, Professor,
Am Kirschenberg 4, 35394 Gießen;
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Fachbereich 1 (Rechtswissenschaft),
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,
E-Mail franz.reimer@recht.uni-giessen.de

Reimer, Dr. Philipp, Universitätsprofessor
Feldstraße 32a, 25469 Halstenbek,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 73-1949,
E-Mail philipp.reimer@uni-bonn.de

Reinhardt, Dr. Michael, LL.M. (Cantab.),
Professor,
Auf dem Stumpelrott 9, 50999 Köln,
(0221) 3517 30;
Universität Trier, Fachbereich V,
54286 Trier,
(0651) 201-2578,
Fax (0651) 201 2580,
E-Mail reinhardt@uni-trier.de

Remmert, Dr. Barbara,
Universitätsprofessorin,
Bei der Fruchtschranne 4, 72070 Tübingen;
Eberhard Karls Universität Tübingen,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
E-Mail remmert@jura.uni-tuebingen.de

Rengeling, Dr. Hans-Werner,
Universitätsprofessor,
Langeworth 143, 48159 Münster,
(0251) 2120 38,
Fax (0251) 2120 44;
European Legal Studies Institute,
Universität Osnabrück,
Martinistr. 10, 49069 Osnabrück,
(0541) 969-4505 oder -4504,
Fax (0541) 969-6282,
E-Mail H.-W.Rengeling@t-online.de

Rensmann, Dr. Thilo, LL.M. (University
of Virginia), Universitätsprofessor,
Universität Augsburg, Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker-
recht und Europarecht
Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg
(0821) 598-4571,
Fax (0821) 598-4572
E-Mail Sekretariat.Rensmann@jura.
uni-augsburg.de

Ress, Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. iur. h.c. mult.
Georg, em. Universitätsprofessor,
Europa-Institut Universität der Saarlandes,
66041 Saarbrücken,
(0681) 302 2503 od. 4114,
Fax (0681) 302 4369,
Professor an der Jacobs University Bremen,
Richter am EGMR a.D.,
Am Botanischen Garten 6,
Uni-Campus B6.6,
66123 Saarbrücken,
(0681) 37 2545 oder (0681) 302 3055,
E-Mail ress@mx.uni-saarland.de

Rhinow, Dr. René, o. Professor,
em. Ordinarius für öffentliches Recht
an der Universität Basel,
Leisenbergstr. 26, CH-4410 Liestal,
(0041) 61911 9935,
E-Mail rene.rhinow@gmail.com

Richter, Dr. Dagmar,
Professorin und Mitglied des Instituts
für Rechtswissenschaften der Polnischen
Akademie der Wissenschaften;
In den Weiden 33, D-66440 Blieskastel;
Instytut Nauk Prawnych, Polskiej Akademii

Nauk, Nowy Swiat 72,
PL-00-030 Warszawa,
(06842) 9610140 und (0048) 22 826 78 53;
E-Mail d.richter@tu-bs.de

Riedel, Dr. Eibe H., Universitätsprofessor,
Haagwiesenweg 19, 67434 Neustadt,
(06321) 848 19;
Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches
Öffentliches Recht, Völkerrecht und
Europarecht, Universität Mannheim,
Schloß/Westflügel, 68131 Mannheim,
(0621) 181-1417 oder 1418 oder 1420-22,
Fax (0621) 181-1419,
E-Mail riedel@uni-mannheim.de

Rinken, Dr. Alfred, Universitätsprofessor,
Treseburger Str. 37, 28205 Bremen,
(0421) 4407 62,
E-Mail rinken@uni-bremen.de

Rixen, Dr. Stephan, Universitätsprofessor,
Universität Bayreuth, Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial-
wirtschafts- und Gesundheitsrecht,
Universitätsstraße 30, 95447 Bayreuth,
(0921) 55-6010,
Fax (0921) 55-6012,
E-Mail stephan.rixen@uni-bayreuth.de

Robbers, Dr. Gerhard,
Universitätsprofessor,
Dagobertstr. 17, 54292 Trier,
(0651) 53710;
Universität Trier, Postfach 38 25,
54286 Trier,
(0651) 201-2542,
Fax (0651) 201-3905,
E-Mail Robbers@uni-trier.de

Röben, Dr. Volker, LL.M., Professor,
Centre for Energy, Petroleum and Mineral
Law and Policy,
Universität Dundee, Perth Road, Dundee
DD1 4HN, Großbritannien,
(0044) 1382 386984,
E-Mail v.roeben@dundee.ac.uk

Rodi, Dr. Michael, M.A.,
Universitätsprofessor,
Richardstr. 82, 12043 Berlin;
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Finanz- und Steuerrecht,
17487 Greifswald,
(03834) 420 21 00,
E-Mail mrodi@uni-greifswald.de

Röger, Dr. Ralf, Professor,
Fachhochschule des Bundes für öffentliche
Verwaltung, Fachbereich Bundespolizei,
Ratzeburger Landstraße 4, 23562 Lübeck,
(0451) 203-1736,
Fax (0451) 203-1709,
E-Mail roeger@roeger.info

Röhl, Dr. Hans Christian, Professor,
Mainaustraße 207a, 78464 Konstanz,
(07531) 807 1446;
Universität Konstanz, Lehrstuhl für
Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht
und Rechtsvergleichung, Fach D 115,
Universitätsstr. 10, 78457 Konstanz,
(07531) 88-2313,
Fax (07531) 88-2563,
E-Mail hans.christian.roehl@uni-
konstanz.de

Ronellenfitsch, Dr. Michael, o. Professor,
Augusta-Anlage 15, 68165 Mannheim;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(07071) 972 109,
Fax (07071) 297 4905,
E-Mail m.ronellenfitsch@datenschutz.
hessen.de

Rossen-Stadtfeld, Dr. Helge, Professor,
Marklandstraße 17, 81549 München,
(089) 7442 7929;
Universität der Bundeswehr München,

Fakultät für Wirtschafts- und Organisationswissenschaften,
Werner-Heisenberg-Weg 39,
85577 Neubiberg,
(089) 6004-4604,
Fax (089) 6004-3700,
E-Mail helge.rossen-stadtfeld@unibw.de

Rossi, Dr. Matthias, Professor,
Universität Augsburg, Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre,
Universitätsstr. 2, 86135 Augsburg,
(0821) 598-4545, Sekr. -4546,
Fax (0821) 598-4547,
E-Mail matthias.rossi@jura.uni-augsburg.de

Roth, Dr. Wolfgang, LL.M. (Michigan),
apl. Professor,
RAe Redeker Sellner Dahs,
Willy-Brandt-Allee 11, 53113 Bonn,
(0228) 726 25-0,
E-Mail roth@redeker.de

Rozek, Dr. Jochen, Universitätsprofessor,
Hinrichsenstr. 31, 04105 Leipzig
0341 35581665;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Verfassungsgeschichte und Staatskirchenrecht,
Universität Leipzig,
Burgstr. 27, 04109 Leipzig,
(0341) 9735-171, Sekr. -170,
Fax (0341) 9735-179,
E-Mail rozek@uni-leipzig.de

Ruch, Dr. Alexander, o. Professor em.,
ETH Zürich
Gartenstr. 85, CH-4052 Basel,
(0041) 61 272 3622,
E-Mail ruch@recht.gess.ethz.ch

Rudolf, Dr. Walter, o. Professor,
Rubensallee 55a, 55127 Mainz,
(06131) 719 42,
E-Mail inge.rudolf@t-online.de;
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Universität Mainz, 55099 Mainz,
(06131) 39-22073,
Sekretariat (06131) 39-23041

Rüfner, Dr. Wolfgang, Professor,
Hagebuttenstr. 26, 53340 Meckenheim,
(02225) 7107,
E-Mail Ruefner@t-online.de;
zugehörig Universität zu Köln

Rühl, Dr. Ulli F. H., Professor,
Hermann-Allmers-Str. 34, 28209 Bremen,
(0421) 346 7484;
Universität Bremen, FB 6: Rechtswissenschaft, Universitätsallee, GW 1,
Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,
(0421) 218-4606,
Sekretariat: (0421) 218-2127,
E-Mail uruehl@uni-bremen.de

Rütsche, Dr. Bernhard, Professor,
Jubiläumsstr. 87, CH-3005 Bern,
(0041) 313 1115 84,
E-Mail bernhard.ruetsche@bluewin.ch;
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut,
Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich,
(0041) 446 3461 03,
Fax (0041) 446 3415 89,
E-Mail bernhard.ruetsche@unilu.ch

Ruffert, Dr. Matthias, Professor,
Naumannstraße 12, 07743 Jena,
(03641) 6283880;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,
Unter den Linden 6, D-10099 Berlin,
(+49) 30 2093-3773,
Fax (+49) 30 2093-3449,
E-Mail matthias.ruffert@rewi.hu-berlin.de

Ruland, Dr. Franz, Professor,
Geschäftsführer des Verbandes Deutscher

Rentenversicherungsträger a. D.,
Honorarprofessor an der Johann-Wolfgang-Goethe Universität Frankfurt,
Strasslacher Straße 1B, 81479 München,
(089) 7277 9792,
Fax (089) 7490 9482,
E-Mail Ruland.Franz@t-online.de

Rupp, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,
Am Marienpfad 29, 55128 Mainz,
(06131) 345 88

Ruppert, Dr. Stefan, Privatdozent,
Jean-Sauer-Weg 1, 61440 Oberursel;
MPI für europäische Rechtsgeschichte,
Hausener Weg 120,
60489 Frankfurt am Main,
E-Mail ruppert@rg.mpg.de;
Mobil (0170) 855 4477,
E-Mail s.ruppert@outlook.de

Ruthig, Dr. Josef, Universitätsprofessor,
Dreiweidenstr. 6, 65195 Wiesbaden;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung,
55099 Mainz,
(06131) 3920 964,
Fax (06131) 3924 059,
E-Mail Ruthig@uni-mainz.de

Rux, Dr. Johannes, apl. Professor,
Sophienstr. 32, 76133 Karlsruhe,
(0721) 383 1247,
Fax (0721) 383 1248;
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Programmleitung Wissenschaft – Juristisches Lektorat
Waldseestr. 3–5, 76530 Baden-Baden,
E-Mail rux@nomos.de

Sachs, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Dattenfelder Str. 7, 51109 Köln,
(0221) 8446 57,
Fax (0221) 8 06 70;
Universität zu Köln, Lehrstuhl für
Staats- und Verwaltungsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, Bauteil V, 2.OG,
50923 Köln,
(0221) 470-5803,
Fax (0221) 470-5135,
E-Mail Sachs@uni-koeln.de

Sacksofsky, Dr. Ute, M.P.A. (Harvard),
Professorin,
Goethe-Universität, Fachbereich Rechtswissenschaft, Institut für Öffentliches Recht,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 7983 4285,
Fax (069) 7983 4513,
E-Mail Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

Sarcevic, Dr. Edin, apl. Professor,
Thomasiusstr. 15, 04009 Leipzig,
(0341) 601 7393;
Juristenfakultät Leipzig, Postfach 100 920,
(0341) 973 5210,
Fax (0341) 973 5218,
E-Mail edin@rz.uni-leipzig.de

Sauer, Dr. Heiko, Professor,
Lehrstuhl für deutsches und europäisches
Verfassungs- und Verwaltungsrecht,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 73-62411
E-Mail sauer@jura.uni-bonn.de

Saurer, Dr. Johannes, LL.M. (Yale),
Professor,
Eberhard Karls Universität Tübingen
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
E-Mail johannes.saurer@uni-tuebingen.de

Saxer, Dr. Urs, Titularprofessor, LL.M.,
Höhenstraße 51, CH-8700 Küsnach
(0041-44) 422 4042;

Steinbrüchel Hüssy Rechtsanwälte,
Grossmünsterplatz 8, CH-8001 Zürich,
(00 41) 44 69 4000,
Fax (0041) 269 4001,
E-Mail Saxer@steinlex.ch

Schachtschneider, Dr. Karl Albrecht,
o. Professor,
E-Mail Kaschachtschneider@web.de

Schaefer, Dr. Jan Philipp, Privatdozent,
Brenntenhau 22, 70565 Stuttgart,
(0711) 2238 520;
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180 2746,
Fax (089) 2180 5063
E-Mail schaefer@jura.uni-muenchen.de

Schambeck, Dr. Dr. h.c. mult. Herbert,
em. o. Universitätsprofessor,
Präsident des Bundesrates i.R.,
Hofzeile 21, A-1190 Wien,
(0043-1) 3683494;
Universität Linz,
Altenbergerstraße 69, A-4040 Linz,
(0043-732) 2 4687 400

Schefer, Dr. Markus, Professor,
Gartenstadt 18,
CH-4142 Münchenstein/BL,
(0041) 614 1136 28;
Universität Basel Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Maiengasse 51, CH-4056 Basel,
(0041) 612 6725 13,
E-Mail markus.schefer@unibas.ch

Schefold, Dr. Dian, Universitätsprofessor,
Mathildenstraße 93, 28203 Bremen,
(0421) 725 76;
FB Rechtswissenschaft der Universität Bremen,
Universitätsallee, GW 1,
Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,
(0421) 218-6 6007,
Fax (0421) 218-6 6030,
E-Mail schefold@uni-bremen.de

Schenke, Dr. Ralf P., o. Professor,
Spessartstr. 41, 97082 Würzburg,
(0931) 3017 1131;
Julius-Maximilians-Universität Würzburg,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Deutsches, Europäisches und
Internationales Steuerrecht,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(0931) 31-823 60,
Fax (0931) 31-8 6070,
E-Mail schenke@jura.uni-wuerzburg.de

Schenke, Dr. Wolf-Rüdiger, o. Professor,
Beim Hochwald 30,
68305 Mannheim,
(0621) 7442 00;
Universität Mannheim,
68131 Mannheim,
(0621) 181 1410,
E-Mail Schenke@jura.uni-mannheim.de

Scherer, Dr. Joachim, LL.M.,
apl. Professor,
Privatweg 9, 64342 Seeheim-Jugenheim,
(06257) 9037 39;
RAe Baker & McKenzie,
Bethmannstr. 50–54,
60311 Frankfurt am Main,
(069) 2990 8189,
Fax (069) 2990 8108,
E-Mail Joachim.Scherer@Bakernet.com

Scherzberg, Dr. Arno, Professor,
Wartburgstr. 34, 99094 Erfurt,
(0361) 737 4761;
Universität Erfurt,
Staatswissenschaftliche Fakultät,
Postfach 900 221, 99105 Erfurt,
(0361) 737-4761, (0361) 737-4760 (Sekr.),
Fax (0361) 737-4709,
E-Mail Arno.Scherzberg@uni-erfurt.de

Scheuing, Dr. Dieter H., o. Professor,
Finkenstr. 17, 97204 Höchberg,
(0931) 483 31,
Fax (0931) 4081 98;
Universität Würzburg, 97070 Würzburg,
E-Mail Scheuing@jura.uni-wuerzburg.de

Schiedermair, Dr. Hartmut, o. Professor,
Wittelsbacher Str. 7, 53173 Bonn-Bad Godesberg;
Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht, Universität Köln,
Gottfried-Keller-Str. 2, 50931 Köln,
(0221) 47023 64

Schiedermair, Dr. Stephanie,
Privatdozentin,
117er Ehrenhof 3, 55118 Mainz;
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,
(06131) 3925 536,
E-Mail schiedermair@uni-mainz.de

Schilling, Dr. Theodor, apl. Professor,
Le Mas des Roses, Fontcaudette,
F-84220 Gordes;
Humboldt-Universität zu Berlin,
10117 Berlin;
(+49) 1578 1948 717,
Fax (+33) 651 44 04 04
E-Mail theodorf.schilling@gmail.com

Schindler, Dr. Benjamin, MJur (Oxford),
o. Professor,
Ober Bendlehn 32, CH-9042 Speicher;
Universität St. Gallen, Law School,
Tigerbergstraße 21, CH-9000 St. Gallen,
(0041) 71 22421 63,
Fax (0041) 71 22421 62,
E-Mail benjamin.schindler@unisg.ch

Schlacke, Dr. Sabine, Professorin,
Querstr. 9, 18107 Elmenhorst,
(0381) 510 6082;
Westfälische Wilhelms-Universität,
Institut für Umwelt- und Planungsrecht,
Universitätsstraße 14/16, 48143 Münster,
(0251) 83-21855 od. -29793,
Fax (0251) 83-29297,
E-Mail sabine.schlacke@uni-muenster.de

Schladebach, Dr. Marcus, LL.M.,
Privatdozent,
Düstere Straße 24/25, 37073 Göttingen,
E-Mail schlade@gmx.de;
Institut für Völker- und Europarecht,
Blauer Turm, 13. Etage,
Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 5,
37073 Göttingen,
(0551) 394 762,
Fax (0551) 394 620,
E-Mail marcus.schladebach@jura.uni-goettingen.de

Schlieffen, Dr. Katharina Gräfin von,
Universitätsprofessorin,
FernUniversität Hagen,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 21, 58084 Hagen,
(02331) 987-2878,
Fax (02331) 987-395,
E-Mail LG.vonSchlieffen@fernuni-hagen.de

Schliesky, Dr. Utz, apl. Professor,
Direktor des Schleswig-Holsteinischen Landtages,
Goosdiek 22, 24229 Dänischenhagen;
Schleswig-Holsteinischer Landtag,
Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel
(0431) 988-1010;
Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Olshausenstr. 75, 24098 Kiel,
E-Mail Utz.Schliesky@landtag.ltsh.de

Schlink, Dr. Bernhard, Professor,
Viktoria-Luise-Platz 4, 10777 Berlin;
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,

Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3454 oder -3472,
Fax (030) 2093-3452,
E-Mail Schlink@rewi.hu-berlin.de

Schmahl, Dr. Stefanie, LL.M., Professorin,
Lehrstuhl für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht,
Universität Würzburg,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(0931) 31-8 2324,
Fax (0931) 31-2792,
E-Mail schmahl@jura.uni-wuerzburg.de

Schmalenbach, Dr. Kirsten, Professorin,
Markus Sittikus-Str. 19/20,
A-5020 Salzburg;
Fachbereich Öffentliches Recht/Völkerrecht,
Paris Lodron Universität Salzburg,
Churfürststraße 1, A-5020 Salzburg,
(0043) 662 8044-3651,
Fax (0043) 662 8044-135,
E-Mail kirsten.schmalenbach@sbg.ac.at

Schmid, Dr. Gerhard, Professor,
Reservoirstraße 178, CH-4059 Basel,
(0041) 613 31 8425;
c/o Wenger Plattner,
Aeschenvorstadt 55,
CH-4010 Basel,
(0041) 612 79-7000,
Fax (0041) 612 79-7 01,
E-Mail Gerhard.Schmid@wenger-plattner.ch

Schmid, Dr. Sebastian, LL.M. (UCL),
Universitätsprofessor,
Fachbereich Öffentliches Recht,
Völker- und Europarecht,
Universität Salzburg,
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
Fax (0043) 662 8044 303,
E-Mail sebastian.schmid@sbg.ac.at

Schmid, Dr. Viola, LL.M.,
Universitätsprofessorin,
Kirchenweg 3, 91126 Schwabach,
(09122) 773 82,
Fax (09122) 623 45;
Institut für Öffentliches Recht,
Technische Universität Darmstadt,
Hochschulstr. 1, 64289 Darmstadt,
(06151) 1664 64,
Fax (06151) 1639 84,
E-Mail schmid@jus.tu-darmstadt.de

Schmidt, Dr. Reiner, o. Professor,
Bachwiesenstr. 5, 86459 Gessertshausen,
(08238) 4111,
Fax (08238) 609 01,
E-Mail Rein.Schmidt@t-online.de;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht
und Umweltrecht, Universität Augsburg,
Universitätsstr. 24, 86159 Augsburg,
(0821) 598-4526

Schmidt, Dr. Thorsten Ingo,
Universitätsprofessor,
Köhlerstr. 31, 12205 Berlin,
(0163) 135 5487;
Professur für Öffentliches Recht,
insbesondere Staatsrecht, Verwaltungs- und Kommunalrecht,
Universität Potsdam,
August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam
(0331) 977-3284,
E-Mail thorsten.ingo.schmidt@uni-potsdam.de

Schmidt, Dr. Walter, Universitätsprofessor,
Brüder-Knauß-Str. 86, 64285 Darmstadt,
(06151) 64710;
Universität Frankfurt,
60054 Frankfurt am Main,
(069) 798 221 89

Schmidt am Busch, Dr. Birgit, LL.M. (Iowa), außerplanmäßige Professorin,
Schmellerstr. 28, 80337 München,

(089) 725 7420,
E-Mail BSaB@aol.com;
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Ludwigstr. 28, Rgb., 80539 München,
(089) 2180-2082,
E-Mail Schmidt-am-Busch@jura.
uni-muenchen.de

Schmidt-Aßmann, Dr. Dr. h.c. mult.
Eberhard, o. Professor,
Höhenstr. 30, 69118 Heidelberg,
(06221) 8008 03;
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg,
E-Mail schmidt-assmann@uni-hd.de

Schmidt-De Caluwe, Reimund,
Universitätsprofessor,
Unterer Hardthof 17 B, 35398 Gießen,
(0641) 345 66,
Fax (0641) 960 9966;
Juristische Fakultät der Martin-Luther-
Universität Halle-Wittenberg,
Universitätsplatz 3–5, 06099 Halle (Saale),
(0345) 55-231 38 oder -39,
E-Mail Schmidtdc@jura.uni-halle.de

Schmidt-Jortzig, Dr. Edzard, o. Professor,
Moltkestraße 88, 24105 Kiel,
(0431) 895 0195,
Fax (0431) 8034 71,
E-Mail esjot@web.de;
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Leibnitzstraße 6, 24118 Kiel,
(0431) 880-3545,
E-Mail eschmidt-jortzig@law.uni-kiel.de

Schmidt-Preuß, Dr. Matthias, o. Professor,
E.-T.-A.-Hoffmann-Straße 12,
53113 Bonn,
(0228) 6780 91;
Universität Bonn, Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 7365 02,
Fax (0228) 7365 07,
E-Mail schmidt-preuss@jura.uni-bonn.de

Schmidt-Radefeldt, Dr. Roman,
Privatdozent,
Kirchstr. 8, 10557 Berlin,
E-Mail romansr69@yahoo.de;
Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche
Dienste, Fachbereich WD 2 – Auswärtiges,
Verteidigung, Völkerrecht, Menschenrechte
und humanitäre Hilfe,
Platz der Republik 1, 11011 Berlin,
(030) 227-38622,
Fax (030) 227-36526,
E-Mail Roman.Schmidt-Radefeldt@bun-
destag.de

Schmitt Glaeser, Dr. Alexander, LL.M.
(Yale), Privatdozent,
Kaulbachstraße 64,
80539 München,
(089) 3854 7931,
E-Mail a.schmitt-glaeser@aya.yale.edu

Schmitt Glaeser, Dr. Dr. h. c. Walter,
o. Professor,
Rübezahlweg 9 A, 95447 Bayreuth,
(0921) 320 70,
Fax (0921) 756 3866
E-Mail w.sg@gmx.de

Schmitt-Kammler, Dr. Arnulf,
Universitätsprofessor,
Katzenberg 6, 96049 Bamberg;
Universität zu Köln,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(0221) 470-4066 oder -4067,
E-Mail schmitt-kammler@gmx.de

Schmitz, Dr. Thomas, Professor,
DAAD-Langzeitdozent für Rechtswissen-
schaften, Zentrum für deutsches Recht,
Truong Dai hoc Luat Ha Noi
(Rechtshochschule Hanoi),
87 Nguyen Chi Thanh,
Dong Da, Hanoi, Vietnam,
+84 125.223.8069 (MEZ +6);
In Deutschland: Mittelstraße 1,

31535 Neustadt am Rübenberge
E-Mail tschmitt1@gwdg.de

Schnapp, Dr. Friedrich E., o. Professor,
Efeuweg 22, 44869 Bochum,
(02327) 742 13;
Universität Bochum, 44780 Bochum,
(0234) 32-2 2239,
Fax (0234) 32-14271,
E-Mail friedrich.e.schnapp@rub.de

Schneider, DDr. Christian F., Priv.-Dozent,
Franz-Keim-Gasse 44/13,
A-2345 Brunn am Gebirge;
bpv Hügel Rechtsanwälte OG,
Ares-Tower, Donau-City-Straße 11,
A-1220 Wien,
(0043) 1 260 50-204
E-Mail christian.schneider@bpv-huegel.com

Schneider, Dr. Dr. h.c. Hans-Peter,
em. Professor,
Deutsches Institut für Föderalismusforschung,
Drosselweg 4, 30559 Hannover,
(0511) 5110 50,
Fax (0511) 5445 492;
Juristische Fakultät,
Leibniz-Universität Hannover,
(0511) 762-8185,
E-Mail hps@dif.uni-hannover.de

Schneider, Dr. Jens-Peter, Professor,
Lorettostr. 36, 79100 Freiburg,
(0761) 290 86 300;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
79085 Freiburg,
(0761) 203-97731;
Fax (0761) 203-97542
E-Mail jp.schneider@jura.uni-freiburg.de

Schneider, Dr. Karsten, Privatdozent,
Akademischer Oberrat a.Z.,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Institut für Öffentliches Recht –
Abteilung Europarecht
Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(+49) 228 9156244,
E-Mail karsten.schneider@jura.uni-bonn.de

Schoch, Dr. Friedrich, o. Professor,
Kastelbergstr. 19, 79189 Bad Krozingen,
(07633) 9481 04,
Fax (07633) 9481 05;
Institut für Öffentliches Recht IV,
Universität Freiburg,
Postfach, 79085 Freiburg,
(0761) 203-2257 oder -2258,
Fax (0761) 203-2297,
E-Mail oerecht4@jura.uni-freiburg.de

Schöbener, Dr. Burkhard, Professor,
Am Glösberg 27, 97342 Obernbreit,
(09332) 5000 04;
Professur für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht,
Universität zu Köln,
Gottfried-Keller-Straße 2, 50931 Köln,
(0221) 470-3834 oder -3875,
E-Mail burkhard.schoebener@uni-koeln.de

Schönberger, Dr. Christoph, Professor,
Universität Konstanz,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Postfach D 110, Universitätsstr. 10,
78457 Konstanz,
(07531) 88-3004,
Fax (07531) 88-4008,
E-Mail Christoph.Schoenberger@uni-konstanz.de

Schönberger, Dr. Sophie-Charlotte,
Professorin,
Universität Konstanz,
Universitätsstraße 10, 78457 Konstanz
(07531) 88-3654,
Fax (07531) 88-2194
E-Mail Sophie.Schönberger@uni-konstanz.de

Schöndorf-Haubold, Dr. Bettina, Professorin,
Mühltalstr. 16, 69121 Heidelberg;
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Professur für Öffentliches Recht,
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,
(0641) 99 211 20,
Fax 0641 99 211 29,
E-Mail bettina.schoendorf-haubold@recht.uni-giessen.de

Scholz, Dr. Rupert, o. Professor,
Königsallee 71 a, 14193 Berlin;
Of Counsel, Rechtsanwaltskanzlei Gleiss Lutz,
Friedrichstraße 71, 10117 Berlin,
E-Mail rupert.scholz@gleisslutz.com
Universität München, Institut für Politik und Öffentliches Recht,
Ludwigstr. 28/RG, 80539 München,
(089) 2180-2113,
E-Mail rupert.scholz@jura.uni-muenchen.de

Schorkopf, Dr. Frank, Professor,
Ehrengard-Schramm-Weg 5,
37085 Göttingen;
Georg-August-Universität Göttingen,
Juristische Fakultät,
Institut für Völkerrecht und Europarecht,
Platz der Göttinger Sieben 5,
37073 Göttingen,
(0551) 39-4610,
Fax (0551) 39-221 96,
E-Mail Frank.Schorkopf@jura.uni-goettingen.de

Schott, Dr. Markus, Privatdozent,
Rütistr. 38, CH-8032 Zürich,
(0041) 44363 1444;
Bär & Karrer AG, Brandschenkestr. 90,
CH-8027 Zürich,
(0041) 58261 5000,
Fax (0041) 58263 5477,
E-Mail markus.schott@baerkarrer.ch

Schröder, Dr. Meinhard, o. Professor,
Zum Wingert 2, 54318 Mertesdorf,
(0651) 57887;
Universität Trier, 54286 Trier,
(0651) 201 2586,
E-Mail schroedm@uni-trier.de

Schröder, Dr. Meinhard, Professor,
Universität Passau, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Informationstechnologierecht,
Innstr. 39 – Juridicum, 94032 Passau,
(0851) 509-2380,
Fax (0851) 509-2382;
E-Mail meinhard.schroeder@uni-passau.de

Schröder, Dr. Rainer Johannes, Privatdozent,
Wormser Str. 65, 01309 Dresden,
(0351) 656 9700;
Technische Universität Dresden,
Juristische Fakultät,
Bergstr. 53, 01069 Dresden,
(0351) 4633 7365,
E-Mail rschroed@jura.tu-dresden.de

Schröder, Dr. Ulrich Jan, Professor,
Mergelberg 109, 48161 Münster;
(0251) 20 89 832
Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen,
Albert-Hahn-Straße 45, 47269 Duisburg,
E-Mail ulrichjan.schroeder@fhoev.nrw.de

Schroeder, Dr. Werner, LL.M., Professor,
Universität Innsbruck, Institut für Völkerrecht, Europarecht und Internationale Beziehungen,
Innrain 52, A-6020 Innsbruck,
(0043) 512-507-8320,
Fax (0043) 512-507-2651,
E-Mail Werner.Schroeder@uibk.ac.at

Schubert, Dr. Mathias, Privatdozent,
Universität Rostock, Juristische Fakultät,

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Verwaltungsrecht
Richard-Wagner-Straße 31,
18119 Rostock
(0381) 4988216,
Fax (0381) 4988212
E-Mail mathias.schubert@gmail.com

Schuler-Harms, Dr. Margarete,
Professorin,
Heidkoppel 19, 22145 Hamburg,
(040) 678 6061,
Fax (040) 678 8373;
Helmut-Schmidt-Universität, Universität der Bundeswehr, Institut für Öffentliches Recht,
Holstenhofweg 85, 22043 Hamburg,
(040) 6541-2782,
Fax (040) 6541-2087,
E-Mail Schuler-Harms@hsu-hh.de

Schulev-Steindl, Dr. MMag. Eva, LL.M. (London), Universitätsprofessorin,
RESOWI-Zentrum,
Universitätstraße 15/D3, A-8010 Graz,
(+43) 316/3806707,
E-Mail eva.schulev-steindl@uni-graz.at

Schulte, Dr. Martin, Professor,
Neuostra 15, 01219 Dresden,
(0351) 472 2550;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umwelt- und Technikrecht, Juristische Fakultät,
TU Dresden, von-Gerber-Bau,
Bergstr. 53, 01069 Dresden,
(0351) 4633-7362,
Fax (0351) 4633-7220,
E-Mail schulte@jura.tu-dresden.de

Schulz, Dr. Wolfgang, Professor,
Bismarckstr. 4, 20259 Hamburg,
(040) 4040 75;
Hans-Bredow-Institut für Medienforschung,
Heimhuder Str. 21, 20148 Hamburg,
(040) 4502 1711 (Sekr.), -34 (Durchwahl),
Fax (040) 4502 1777,
E-Mail w.schulz@hans-bredow-institut.de

Schulze-Fielitz, Dr. Helmuth, Professor,
Klara-Löwe-Str. 5, 97082 Würzburg,
(0931) 784 1025,
E-Mail Schulze-Fielitz@t-online.de

Schuppert, Dr. Gunnar Folke, Professor,
Kaiserdamm 28, 14057 Berlin,
(030) 3061 2168;
Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Forschungsprofessur Neue Formen von Governance,
Reichpietschufer 50, 10785 Berlin,
(030) 25491-546 oder -246,
Fax (030) 25491-542,
E-Mail schuppert@wzb.eu

Schwartmann, Dr. Rolf, Professor,
Brucknerstraße 18, 50931 Köln,
(0221) 400 9094;
Fachhochschule Köln, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften,
Claudiusstraße 1, 50678 Köln,
(0221) 8275-3446,
Fax (0221) 8275-734 46,
E-Mail rolf.schwartmann@fh-koeln.de

Schwarz, Dr. Kyrill-A., Professor,
Dönersberg 13, 91550 Dinkelsbühl,
(0177) 831 0768;
Universität Würzburg,
Juristische Fakultät,
Professor für Öffentliches Recht,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(0931) 318-2335,
E-Mail kyrill-alexander.schwarz@uni-wuerzburg.de

Schwarze, Dr. Jürgen, Professor,
Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht, Abt. I,
Platz der Alten Synagoge 1,
79098 Freiburg,
(0761) 203-2238, oder -2251,

Fax (0761) 203-2234,
E-Mail juergen.schwarze@jura.
uni-freiburg.de

Schwarzer, Mag., Dr. Stephan,
Universitätsdozent,
Rodlergasse 7/10, A-1190 Wien,
(0043-1) 369 1746;
Bundeswirtschaftskammer,
Wiedner Hauptstr. 63, A-1045 Wien,
(0043-1) 50105-4195
E-Mail stephan.schwarzer@wko.at

Schweitzer, Dr. Michael, Professor,
Joseph-Haydn-Straße 6A, 94032 Passau,
(0851) 345 33;
Universität Passau, 94032 Passau,
(0851) 509-2330,
Fax (0851) 509-2332,
E-Mail Schweitzer@uni-passau.de

Schweizer, Dr. Rainer J., o. Professor,
Kirchgasse 9, CH-9220 Bischofszell,
(0041) 71-223 5624;
Universität St. Gallen,
Tigerbergstr. 21, CH-9000 St. Gallen,
Forschungsgemeinschaft für
Rechtswissenschaften,
(0041) 71-224 2161,
Fax (00 41) 71-224 2162,
E-Mail Rainer.Schweizer@unisg.ch

Schwerdtfeger, Dr. Angela, Privatdozentin,
Heinrich-Roller-Str. 6, 10405 Berlin;
Humboldt-Universität zu Berlin – Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(+49) 30 2093 3367,
E-Mail angela.schwerdtfeger@rewi.
hu-berlin.de

Schwerdtfeger, Dr. Gunther,
Universitätsprofessor,
Hülsebrinkstr. 23,
30974 Wennigsen/Deister,
(05103) 1311;
Juristische Fakultät, Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 762-8 69

Seckelmann, Dr., Margrit, Privatdozentin,
Ringstr. 21, 69115 Heidelberg,
Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,
(06232) 654-387,
E-Mail seckelmann@foev-speyer.de

Seer, Dr. Roman, Universitätsprofessor,
In den Birken 156 d, 42113 Wuppertal,
(0202) 272 1534,
Fax (0202) 272 1535;
Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl
für Steuerrecht,
Gebäude GC 8/137,
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,
(0234) 322 8269,
Fax (0234) 321 4614,
E-Mail LS.seer@jura.ruhr-uni-bochum.de

Seewald, Dr. Otfried, o. Professor,
Schärdingerstraße 21 A, 94032 Passau,
(0851) 3 51 45,
Fax (0851) 3 51 45,
E-Mail otfried_seewald@gmx.de;
Universität Passau,
Innstr. 40, Postfach 25 40, 94030 Passau,
(0851) 509-2340 oder -41,
Fax (0851) 509-2342,
E-Mail otfried.seewald@uni-passau.de

Seferovic, Dr. Goran, Privatdozent,
Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, School of Management and
Law, Zentrum für Öffentliches
Wirtschaftsrecht,
Gertrudstraße 15, CH-8400 Winterthur,
(0041) 58 934 62 29
E-Mail goran.seferovic@zhaw.ch

Seibert-Fohr, Dr. Anja, Professorin,
Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre

und Rechtsphilosophie,
Friedrich-Ebert-Platz 1, 69117 Heidelberg,
(+49) 6221/54-7469,
Fax (+49) 6221/54-161-7468,
E-Mail sekretariat.seibert-fohr@jurs.
uni-heidelberg.de

Seiler, Dr. Christian, Professor,
Schwabstr. 36, 72074 Tübingen,
(07071) 549 7780;
Universität Tübingen, Lehrstuhl für
Staats- und Verwaltungsrecht, Finanz-
und Steuerrecht,
Geschwister-Scholl-Platz,
72074 Tübingen,
(07071) 297 2943,
E-Mail christian.seiler@jura.
uni-tuebingen.de

Selmer, Dr. Peter, Professor,
Akazienweg 9, 22587 Hamburg,
(040) 86 4743;
Universität Hamburg, 20146 Hamburg,
(040) 42838-4574 oder -3026,
Fax (040) 42838-3028,
E-Mail peter.selmer@jura.uni-hamburg.de

Shirvani, Dr. Foroud, Professor,
Yorckstr. 11, 53173 Bonn;
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät, Adenauerallee 24–42,
53113 Bonn,
(0228) 7362 416,
E-Mail shirvani@jura.uni-bonn.de

Sieckmann, Dr. Jan-Reinhard,
Professor,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen Nürnberg,
Schillerstraße 1, 91054 Erlangen,
(09131) 85 24097,
E-Mail Jan-Reinhard.Sieckmann@jura.
uni-erlangen.de

Siegel, Dr. Thorsten, Professor,
Dr. Semmelweis-Str. 25,
67433 Neustadt/Weinstraße;
(06321) 4828 51;
Freie Universität Berlin, Fachbereich
Rechtswissenschaft, Professur für Öffentli-
ches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht,
Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin,
(030) 838-55921,
Fax (030) 838-455921,
E-Mail thorsten.siegel@fu-berlin.de,
Sekretariat: sekretariat.siegel@rewiss.
fu-berlin.de

Siehr, Dr. Angelika, LL.M. (Yale),
Professorin,
Zickzackredder 9, 24850 Schuby,
(04621) 9488 88;
Universität Bielefeld, Lehrstuhl für
öffentliches Recht, Völkerrecht,
Rechtsphilosophie und Bildungsrecht,
Postfach 100131, 33501 Bielefeld,
(0521) 106-4430 oder
(0521) 106-6899 (Sekretariat),
E-Mail angelika.siehr@uni-bielefeld.de

Siekmann, Dr. Helmut, Professor,
Johann Wolfgang Goethe-Universität,
Professur für Geld-, Währungs- und
Notenbankrecht,
IMFS im House of Finance,
Theodor-W.-Adorno-Platz 3,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 798-34014
E-Mail geld-und-waehrung@imfs-
frankfurt.de

Simon, Dr. Sven, Universitätsprofessor
Philipps-Universität Marburg
Lehrstuhl für Völkerrecht und Europarecht
mit öffentlichem Recht
Universitätsstraße 6, 35032 Marburg
(06421) 28 231 31 oder
(06421) 28 231 27 (Sekretariat),
Fax (06421) 28 238 53
E-Mail sven.simon@uni-marburg.de

Skouris, Dr. Wassilios, Professor,
Nikolaou Manou 18,
GR-54643 Thessaloniki,
(0030-31) 8314 44;
Gerichtshof der Europäischen
Gemeinschaften,
Palais de la Cour de Justice,
L-2925 Luxembourg,
(00352) 4303 2209,
Fax (00352) 4303 2736

Smeddinck, Dr. Ulrich, Privatdozent,
Sommerhuder Str. 35, 22769 Hamburg,
(0174) 248 9990;
Umweltbundesamt,
Wörlitzer Platz 1, FB III, 06844 Dessau,
(0340) 2103-2077,
E-Mail ulrich.smeddinck@uba.de;
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Universitätsplatz 10a, 06108 Halle/Saale,
E-Mail Ulrich.Smeddinck@jura.
uni-halle.de

Sodan, Dr. Helge, Universitätsprofessor,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Sozialrecht, Freie Universität Berlin,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(030) 838-53972 oder -73973,
Fax (030) 838-54444;
Präsident des Verfassungsgerichtshofes
des Landes Berlin,
Elßholzstr. 30–33, 10781 Berlin,
(030) 9015-2650,
Fax (030) 9015-2666,
E-Mail sodan@zedat.fu-berlin.de

Söhn, Dr. Hartmut, o. Professor,
Eppanerstr. 9, 94036 Passau,
(0851) 58520,
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht insbesondere Finanz- und Steuerrecht,
94032 Passau,
(0851) 509-2350,
Fax (0851) 509-2352
E-Mail hsoehndr@web.de

Somek, Dr. Alexander, Professor,
Görgengasse 23a/8, A-1190 Wien;
University of Iowa, College of Law,
Melrose and Byington Iowa City, Iowa
USA 52242,
(319) 335 9034,
Fax (3191) 3359 0198,
E-Mail alexander-somek@uiowa.edu

Sommermann, Dr. Karl-Peter,
Universitätsprofessor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Staatslehre und Rechtsvergleichung, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67346 Speyer,
(06232) 654-344,
Fax (06232) 654-414,
E-Mail Sommermann@uni-speyer.de

Spannowsky, Dr. Willy,
Universitätsprofessor,
Auf dem Kleehügel 17,
67706 Krickenbach,
(06307) 9939 63,
Fax (06307) 9939 49;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Postfach 3049, 67653 Kaiserslautern,
(0631) 205-3975,
Fax (0631) 205-3977,
E-Mail oerecht@rhrk.uni-kl.de

Spiecker genannt Döhmann, Dr. Indra,
LL.M. (Georgetown Univ.),
Universitätsprofessorin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informationsrecht, Umweltrecht, Verwaltungswissenschaften, Forschungsstelle Datenschutz,
Goethe-Universität Frankfurt,
Theodor-W.Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt a.M.,

(069) 798-34268,
Fax (069) 798-34510,
E-Mail spiecker@jur.uni-frankfurt.de

Spilker, Dr. Bettina, Privatdozentin,
Karlstraße 39, 80333 München;
Institut für Steuerrecht,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(0179) 7846 048,
E-Mail bettina.spilker@uni-muenster.de

Spranger, Dr. Dr. Tade Matthias,
Privatdozent,
Eichhörnchenweg 10, 53125 Bonn;
c/o Institut für Wissenschaft und Ethik,
Bonner Talweg 57, 53113 Bonn,
(0228) 3364 1953,
Fax (0228) 3364 1950,
E-Mail spranger@iwe.uni-bonn.de

Starck, Dr. Christian, o. Professor,
em. Professor für öffentliches Recht an
der Georg-August-Universität Göttingen,
Schlegelweg 10, 37075 Göttingen,
(0551) 55454
E-Mail cstarck@gwdg.de

Steiger, Dr. Dominik, Univ.-Professor für
Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches
Recht, Chair of Public International Law,
European Law and Public Law
Technische Universität Dresden
von-Gerber-Bau, 317,
Bergstraße 53, 01069 Dresden
(0351) 463-37417,
Fax (0351) 463-37465
E-Mail dominik.steiger@tu-dresden.de

Steiger, Dr. Heinhard,
Universitätsprofessor,
Oberhof 16, 35440 Linden,
(06 41) 2 32 52;
Universität Gießen, 35394 Gießen,
(0641) 992 11-50 oder -51,
Fax (0641) 992 11-59

Stein, Dr. Katrin, Professorin,
Reinhold-Tiling-Weg 61,
49088 Osnabrück,
(0541) 911 8451;
Hessische Hochschule für Polizei und
Verwaltung,
Schönbergstraße 100, 65199 Wiesbaden,
(06108) 603-516,
E-Mail katrin.stein@hfpv-hessen.de

Steinbach, Dr. Dr. Armin, Privatdozent,
Ministerialrat,
Bundesministerium für Wirtschaft und
Energie, Referatsleiter „Grundsatzfragen
der Wirtschaftspolitik“, Federal Ministry
for Economic Affairs and Energy, Head of
Division „Fundamental Issues of
Economic Policy“,
Scharnhorststraße 34–37, 10115 Berlin,
(030) 18 615 6640,
Fax (030) 18 615 5470,
E-Mail armin.steinbach@bmwi.bund.de

Steinberg, Dr. Rudolf, Universitäts-
professor, Universitätspräsident a.D.,
Wingertstr. 2 A, 65719 Hofheim;
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Theodor-W.-Adorno-Platz 1,
60629 Frankfurt

Steiner, Dr. Udo, o. Professor, Richter
des Bundesverfassungsgerichts a. D.,
Am Katzenbühl 5, 93055 Regensburg,
(0941) 7009 13,
Fax (0941) 7606 19,
E-Mail udo.steiner@web.de;
Universität Regensburg,
93040 Regensburg,
(0941) 943-4284,
E-Mail udo.steiner@jura.uni-regensburg.de

Steinhauer, Dr. Dr. Fabian,
Privatdozent
Sophienstr. 27, 60487 Frankfurt,
(069) 63390840,
E-Mail f.steinhauer@jur.uni-frankfurt.de

Stelkens, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,
Webergasse 3a, 67346 Speyer;
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,
(06232) 654-365,
Fax (06232) 654-245,
E-Mail stelkens@uni-speyer.de

Stelzer, Dr. Manfred, Universitätsprofessor,
Anton-Wildgansgasse 12/4,
A-2380 Perchtoldsdorf,
(0043) 6642 1256 18;
Universität Wien,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043-1) 4277-354 31 oder -32,
E-Mail Manfred.Stelzer@univie.ac.at

Stender-Vorwachs, Dr. Jutta, LL. M. (USA,UVA), apl. Professorin,
Am Ortfelde 99A, 30916 Isernhagen N.B.,
(0511) 72408 07,
Fax (0511) 72408 54,
E-Mail jutta.stender-vorwachs@gmx.de;
Leibniz Universität Hannover,
Juristische Fakultät,
Königsworter Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 762-8250 oder -82 49,
Fax (0511) 762-8252,
E-Mail jutta.stender-vorwachs@jura.uni-hannover.de

Stern, Dr. Dr. h.c. mult. Klaus, o. Professor,
Am Stockberger Busch 10, 51515 Kürten,
(02268) 6167;
Institut für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln,
Aachener Straße 197–199, 50931 Köln,
(0221) 94154 65,
E-Mail klaus.stern@uni-koeln.de

Stettner, Dr. Rupert, Professor,
Alpenstr. 11 a, 85221 Dachau,
(08131) 2789 96,
Fax (08131) 2789 98;
Institut für Staatswissenschaften,
Universität der Bundeswehr München,
Werner-Heisenberg-Weg 39,
85579 Neubiberg,
(089) 6004-3864 oder -3702 oder -2043,
Fax (089) 6004-2841,
E-Mail rs@themistokles.net

Stober, Dr. Dr. h.c. mult. Rolf, Universitätsprofessor,
Prins-Claus-Str. 50, 48159 Münster,
(0251) 16241 62,
Fax (0251) 16241 63,
Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Universität Hamburg,
Department Wirtschaftswissenschaften,
Institut für Recht der Wirtschaft,
Max-Brauer-Allee 60, 22765 Hamburg,
(+ 49) 40 42838-4621,
Fax (+49) 40 42838-6458
E-Mail rolf-stober@gmx.de

Stock, Dr. Martin, Professor,
Lina-Oetker-Str. 22, 33615 Bielefeld,
(0521) 1219 95;
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universität Bielefeld,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(0521) 10643 90,
Fax (0521) 10615 4390,
E-Mail martin.stock@uni-bielefeld.de

Stöger, Dr. Karl, MJur, Universitätprofessor,
Ragnitztalweg 82/1, 8047 Graz;
Karl-Franzens-Universität Graz,
Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre,
Universitätsstr. 15/C3, A-8010 Graz,
(0043) 0316 380 3384,
E-Mail karl.stoeger@uni-graz.at

Stoll, Dr. Peter-Tobias, Professor,
E-Mail ptstoll@web.de;
Institut für Völkerrecht, Abteilung für Internationales Wirtschaftsrecht,

Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 5,
37073 Göttingen,
(0551) 3946 61,
E-Mail pt.stoll@jur.uni-goettingen.de

Stolleis, Dr. Dr. h.c. mult. Michael,
Universitätsprofessor,
Waldstr. 15, 61476 Kronberg,
(06173) 65651;
Universität Frankfurt,
MPI für europäische Rechtsgeschichte,
Hansaallee 41, 60323 Frankfurt am Main,
(069) 78978-151,
Fax (069) 78978-169,
E-Mail stolleis@rg.mpg.de

Stolzlechner, Dr. Harald,
o. Universitätsprofessor,
Gneiser Straße 57, A-5020 Salzburg,
(0043) 662-82 3935;
Universität Salzburg,
(0043) 662-80 4436 01,
E-Mail Harald.Stolzlechner@sbg.ac.at

Storr, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,
Klosterwiesgasse 72, A-8010 Graz;
Institut für Österreichisches, Europäisches
und Vergleichendes Öffentliches Recht,
Politikwissenschaft und Verwaltungslehre,
Karl-Franzens-Universität Graz,
Universitätsstraße 15 C 3, A-8010 Graz,
(0043) 3163 80-6695,
Fax (0043) 3163 80-9450,
E-Mail stefan.storr@uni-graz.at

Streinz, Dr. Rudolf, o. Professor,
Waldsteinring 26, 95448 Bayreuth,
(0921) 94730,
E-Mail rudolf.streinz@gmx.de;
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Europarecht,
Professor-Huber-Platz 2,
80539 München,
(089) 2180-3335,
Fax (089) 2180-2440,
E-Mail streinz.pers@jura.uni-muenchen.de

Stumpf, Dr. Dr. Christoph, Professor,
Curacon Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Mattentwiete 1, 20457 Hamburg
E-Mail christoph.stumpf@curacon-
recht.de

Suerbaum, Dr. Joachim, o. Professor,
In der Uhlenflucht 3, 44795 Bochum,
(0234) 4726 26,
E-Mail Joachim.Suerbaum@t-online.de;
Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16,
97070 Würzburg,
(0931) 31-82897 oder 31-82899,
E-Mail Suerbaum@jura.uni-wuerzburg.de

Suzuki, Dr. Hidemi, Prof.,
Koishikawa 3-25-11-502, Bunkyo-ku,
Tokio 112-0002, Japan,
Keio University, Institute for Journalism,
Media & Communication Studies,
Mita 2-15-45, Minato-ku,
Tokio 108-8345, Japan
Tel./Fax +81 3 5427 1211
E-Mail hidemis@mediacom.keio.ac.jp

Sydow, Dr. Gernot, M.A., Professor,
Auf der Burg 17, 48301 Nottuln
(02502) 2269723;
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(0251) 83-21750,
E-Mail Gernot.Sydow@uni-muenster.de

Talmon, D. Phil. (Oxon.) Stefan, LL.M.
(Cantab.), Universitätsprofessor,
Institut für Völkerrecht,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn
(0228) 7391 72 od. 7339 32 (Sekr.),
Fax (0228) 7391 71,
E-Mail talmon@jura.uni-bonn.de

Tappe, Dr. Henning, Universitätsprofessor,
Kernscheider Höhenweg 13,
54296 Trier,
(0651) 56154062;
Universität Trier, Fachbereich V – Rechtswissenschaft,
Universitätsring 15, 54296 Trier,
(0651) 201-2576 oder -2577,
Fax (0651) 201-3816,
E-Mail tappe@uni-trier.de

Thiel, Dr. iur. Dr. rer. publ. Markus,
Universitätsprofessor,
Frangenheimstraße 27, 50931 Köln,
(0221) 40 87 83,
Deutsche Hochschule der Polizei,
Fachgebiet III.4 – Öffentliches Recht
mit Schwerpunkt Polizeirecht
Zum Roten Berge 18–24, 48165 Münster
(02501) 806 339
E-Mail Markus.Thiel@dhpol.de

Thiele, Dr. Alexander, Privatdozent,
Kurze-Geismar-Str. 9, 37073 Göttingen,
(0172) 4025995;
Georg-August-Universität Göttingen,
Institut für Allgemeine Staatslehre und
Politische Wissenschaften,
Nikolausberger Weg 17, 37073 Göttingen,
(0551) 3946 9,
E-Mail alexander.thiele@jura
.uni-goettingen.de

Thiemann, Dr. Christian, Privatdozent,
Johannes-Gutenberg-Universität
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Finanz- und Steuerrecht, Fachbereich
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Jakob-Welder-Weg 9, Zimmer 03-224,
55128 Mainz, 06131/39 2206,
E-Mail LS-Thiemann@uni-mainz.de

Thienel, Dr. Rudolf, Universitätsprofessor,
Präsident des Verwaltungsgerichtshofes,
Judenplatz 11, A-1010 Wien,
(0043-1) 531 11-2 45,
Fax (0043-1) 531 11-140,
E-Mail rudolf.thienel@univie.ac.at

Thürer, Dr. Dr. h.c. Daniel, LL.M.
(Cambridge),
o. Professor,
Abeggweg 20, CH-8057 Zürich,
(0041) 44 362 6547 oder -46,
Fax (0041) 44 362 6546,
E-Mail thuerer@swissonline.ch;
Stiffler & Partner Rechtsanwälte,
Postfach 1072, CH-8034 Zürich,
E-Mail daniel.thuerer@stplaw.ch

Thurnherr, Dr. Daniela, LL.M. (Yale),
Professorin,
Juristische Fakultät der Universität Basel,
Peter Merian-Weg 8, Postfach,
CH-4002 Basel,
(0041) 61 267 2566,
E-Mail daniela.thurnherr@unibas.ch

Thym, Dr. Daniel, LL.M. (London),
Professor,
Helene-Merk-Str. 3, 78467 Konstanz,
Universität Konstanz, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht,
Fach 116, Universitätsstr. 10,
78457 Konstanz,
07531-88-2247,
E-Mail daniel.thym@uni-konstanz.de

Tietje, Dr. Christian, Professor,
Heinrich-Heine-Str. 8, 06114 Halle (Saale),
(0345) 548 3912 oder (0345) 524 8312,
Mobil (0175) 37 36134,
Fax (0345) 517 4048;,
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
Juristische Fakultät, Juridicum,
Universitätsplatz 5, 06108 Halle (Saale),
(0345) 552-3180,
Fax (0345) 552-7201,
E-Mail tietje@jura.uni-halle.de

Tomuschat, Dr. Christian, Professor,
Odilostraße 25a, 13467 Berlin,

(030) 4054 1486,
Fax (030) 4054 1488;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Institut für Völker- und Europarecht,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3335 oder -3305 oder -3322,
Fax (030) 2093-3365,
E-Mail christian.tomuschat@rewi.hu-berlin.de

Towfigh, Dr. Emanuel V., Professor,
(0228) 97148677,
Fax (0228) 97148678
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Empirische Rechtsforschung und Rechtsökonomie,
Gustav-Stresemann-Ring 3,
65189 Wiesbaden,
(0611) 7102-2253,
Fax (0611) 7102-10-2253
E-Mail emanuel@towfigh.net

Traulsen, Dr. Christian, Professor,
Professur für öffentliches Recht mit Schwerpunkt Sozialversicherungsrecht,
Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg
Reuteallee 36, 71634 Ludwigsburg,
(07141) 140-491
E-Mail christian.traulsen@hs-ludwigsburg.de

Trute, Dr. Hans-Heinrich,
Universitätsprofessor,
Gryphiusstraße 7, 22299 Hamburg,
(040) 280027679
Universität Hamburg,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
(040) 42838-5721 oder -5625,
Fax (040) 42838-2700,
E-Mail Hans-Heinrich.Trute@jura.uni-hamburg.de

Tschentscher, Dr. Axel, LL.M., Professor,
Lehrstuhl für Staatsrecht, Rechtsphilosophie und Verfassungsgeschichte, Universität Bern, Institut für öffentliches Recht,
Schanzeneckstraße 1, CH-3001 Bern,
(0041) 31-631 8899 (direkt),
(0041) 31-63132 36 (Sekretariat),
Fax (0041) 31-631 3883,
E-Mail axel.tschentscher@oefre.unibe.ch

Uebersax, Dr. Peter, Profesor,
Titularprofessor für öffentliches Recht und öffentliches Prozessrecht,
Chemin des Grands-Champs 19,
CH-1033 Cheseaux,
(0041) 217 312941;
Schweizerisches Bundesgericht,
Av. du Tribunal-fédéderal 29,
CH-1000 Lausanne 14,
(0041) 213 18 9111,
E-Mail peter.uebersax@unibas.ch

Uerpmann-Wittzack, Dr. Robert, Professor,
Universität Regensburg,
Juristische Fakultät,
93040 Regensburg,
(0941) 943-2660 oder 2659,
Fax (0941) 943-1973,
E-Mail Robert.Uerpmann@jura.uni-regensburg.de

Uhle, Dr. Arnd, Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere für Staatsrecht, Allgemeine Staatslehre und Verfassungstheorie, Institut für Recht und Politik, Juristenfakultät,
Universität Leipzig,
Burgstraße 21, 04109 Leipzig,
(0341) 9735250,
Fax (0341) 9735259,
E-Mail arnd.uhle@uni-leipzig.de

Ullrich, Dr. Norbert, Professor
Gaußstraße 5, 37127 Dransfeld,
(0176) 21822254,
Privatdozent am Institut für Allgemeine Staatsrechtslehre und Politische Wissenschaften,

Nikolausberger Weg 17, 37073 Göttingen
E-Mail ullrichgoe@aol.com

Uhlmann, Dr. Felix, LL.M., Professor,
Bruderholzallee, CH-4059 Basel;
Rämistrasse 74 / 33, CH-8001 Zürich,
(0041) 446 34 4224,
Fax (0041) 446 34 4368,
E-Mail felix.uhlmann@rwi.uzh.ch

Unger, Dr. Sebastian, Univ. -Professor,
Flemingstraße 1, 22299 Hamburg,
Ruhr-Universität Bochum,
Juristische Fakultät
Massenbergstraße 11, 44787 Bochum
(0234) 32-22781,
Fax (0234) 32-14855
E-Mail sebastian.unger@rub.de

Ungern-Sternberg, Dr. Antje von, M.A.,
Univ.-Professor
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Universität Trier,
FB V – Rechtswissenschaft,
54286 Trier
(0651) 201-2542,
Fax (0651) 201-3905,
E-Mail vonungern@uni-trier.de

Unruh, Dr. Peter, apl. Professor,
Hakensoll 8a, 24226 Heikendorf;
Landeskirchenamt der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland,
Dänische Str. 21–35, 24103 Kiel,
E-Mail peter.unruh@lka.nordkirche.de

Vallender, Dr. Klaus A., Professor,
Unterbach 4, CH-9043 Trogen,
(004171) 9427 69;
Law School St. Gallen, IFF,
Varnbüelstrasse 19. 4,
CH-9000 St. Gallen,
(0041-71) 224 2519,
Fax (0041-71) 229 2941,
E-Mail klaus.vallender@unisg.ch

Valta, PD Dr. Matthias,
Balinger Str. 67, 70567 Stuttgart,
(0711) 78789924;
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf,
Universitätsstraße 1, 40225 Düsseldorf,
Gebäude 24.81, Etage/Raum U1.50,
(+49) 211 81-15868,
Fax (+49) 211 81-15870,
E-Mail LS.Valta@hhu.de

Vedder, Dr. Christoph, Professor,
Sollner Str. 33, 81479 München,
(089) 7910 0383,
Fax (089) 7910 0384;
Juristische Fakultät, Universität Augsburg,
Postfach, 86135 Augsburg,
(0821) 598-4570,
Fax (0821) 598-4572,
E-Mail christoph.vedder@jura.uni-augsburg.de

Vesting, Dr. Dr. h.c. Thomas,
Universitätsprofessor,
Konradstraße 2, 80801 München,
(089) 3887 9545,
Fax (089) 3887 9547;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Recht und Theorie der Medien,
Johann Wolfgang Goethe-Universität,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4, RuW 04,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 79834 274,
Fax (069) 798763 34273,
E-Mail T.Vesting@jur.uni-frankfurt.de

Vitzthum, Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf,
o. Professor,
Im Rotbad 19, 72076 Tübingen,
(07071) 638 44,
Fax (07071) 9684 89;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(07071) 297 5266,
Fax (07071) 297 5039,
E-Mail wolfgang-graf.vitzthum@uni-tuebingen.de

Vöneky, Dr. Silja, Professorin,
Am Schmelzofen 20, 79183 Waldkirch,
(07681) 4925 239;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Institut für Öffentliches Recht, Abt. II
Völkerrecht und Rechtsvergleichung,
79085 Freiburg im Breisgau,
(0761) 203 2207,
Fax (0761) 203 9193,
E-Mail voelkerrecht@jura.uni-freiburg.de

Vogel, Dr. Stefan, Titularprofessor,
Zentralstr. 12, CH-8604 Volketswil
(0041) 43355 5229,
E-Mail stefan_vogel@bluewin.ch

Volkmann, Dr. Uwe, Professor,
Am Bonifatiusbrunnen 231,
60438 Frankfurt,
(069) 518673;
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 798-34270,
E-Mail volkmann@jura.uni-frankfurt.de

Vosgerau, Dr. Ulrich, Privatdozent,
Bachemer Straße 225, 50935 Köln,
(0221) 4064 058;
E-Mail ulrich_vosgerau@web.de

Voßkuhle, Dr. Andreas,
Professor,
Präsident des Bundesverfassungsgerichts,
Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe,
(0721) 9101-3 13;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Institut für Staatswissenschaft und
Rechtsphilosophie,
Postfach, 79085 Freiburg i. Br.,
(0761) 203-2209,
Fax (0761) 203-9193,
E-Mail staatswissenschaft@jura.
uni-freiburg.de

Waechter, Dr. Kay, Professor,
Ceciliengärten 12, 12159 Berlin;
FB Rechtswissenschaft,
Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 762-8227,
E-Mail waechter@jura.uni-hannover.de

Wahl, Dr. Rainer, o. Professor,
Hagenmattenstr. 6, 79117 Freiburg,
(0761) 6 59 60;
Universität Freiburg, Institut für
Öffentliches Recht V,
Postfach, 79085 Freiburg,
(0761) 203 8961,
Fax (0761) 203 2293,
E-Mail rainer.wahl@jura.uni-freiburg.de

Waldhoff, Dr. Christian, Professor,
Lennéstraße 47, 53113 Bonn,
(0228) 2 89 10 64;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Finanzrecht,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3537,
E-Mail christian.waldhoff@rewi.
hu-berlin.de

Waldmann, Dr. Bernhard, Professor, RA
Alfons-Aebystrasse 29, CH-3186 Düdingen,
(+41) 26 493 5705;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität Freiburg,
Av. Beauregard 1, CH-1700 Freiburg,
(+41) 26 300 8147,
E-Mail bernhard.waldmann@unifr.ch

Wallerath, Dr. Maximilian,
Universitätsprofessor,
Gudenauer Weg 86, 53127 Bonn,
(0228) 2832 02,
Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Universität Greifswald
E-Mail max.wallerath@web.de

Wallrabenstein, Dr. Astrid, Professorin,
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Fachbereich Rechtswissenschaften,
Professur für Öffentliches Recht mit
einem Schwerpunkt im Sozialrecht,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 798-34 287,
Fax (069) 798-34 514
E-Mail professur-wallrabenstein@jura.
uni-frankfurt.de

Walter, Dr. Christian, Professor,
Friedrich-List-Str. 98, 81377 München,
(089) 787 077 04;
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Institut für Internationales Recht,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Völkerrecht,
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-2798,
Fax (089) 2180-3841,
E-Mail cwalter@jura.uni-muenchen.de

Wapler, Dr. Friederike, Prof.,
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und
Öffentliches Recht,
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaften
Jakob-Welder-Weg 9, 55128 Mainz,
(06131) 39-25759 oder 39-28172,
E-Mail lswapler@uni-mainz.de
Universität Göttingen, Juristische
Fakultät, Lehrstuhl für Rechts- und
Sozialphilosophie,
Platz der Göttinger Sieben 6,
37073 Göttingen,
(0551) 39-4635,
E-Mail wapler@gmx.de

Weber, Dr. Albrecht, Professor,
Weidenweg 20, 49143 Bissendorf,
(05402) 3907;
Universität Osnabrück,
49069 Osnabrück,
(0541) 9 69-61 38,
E-Mail aweber@uos.de

Weber, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor,
Noldinstr. 14, A-6020 Innsbruck,
(0043) 0664-162 5739;
Universität Innsbruck, Institut für
Öffentliches Recht, Finanzrecht und
Politikwissenschaft,
Innrain 80, A-6020 Innsbruck,
(0043) 512-507-8230,
E-Mail karl.weber@uibk.ac.at

Weber-Dürler, Dr. Beatrice,
o. Professorin,
Ackermannstr. 24, CH-8044 Zürich,
(0041) 44262 0420;
E-Mail beatrice.weber-duerler@rwi.uzh.ch

Wegener, Dr. Bernhard W., Professor,
Friedrich-Alexander-Universität,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Europarecht,
Schillerstraße 1, 91054 Erlangen,
(09131) 85 29285,
Fax (09131) 85 26439,
E-Mail europarecht@fau.de

Wehr, Dr. Matthias, Professor,
Alter Kirchweg 24, 28717 Bremen,
(0421) 690 800 25;
Hochschule für Öffentliche Verwaltung
Bremen (HfÖV),
Doventorscontrescarpe 172 C,
28195 Bremen,
(0421) 361 19 617,
E-Mail matthias.wehr@hfoev.bremen.de

Weiß, Dr. Norman, Privatdozent,
Martin-Luther-Str. 56, 10779 Berlin;
MenschenRechtsZentrum der Universität
Potsdam,
August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam,
(0331) 977 3450,
Fax (0331) 977 3451,
E-Mail weiss@uni-potsdam.de

Weiß, Dr. Wolfgang, Universitätsprofessor,
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,
(06232) 654-331,
Fax (06232) 654-123,
E-Mail weiss@uni-speyer.de

Welti, Dr. Felix, Professor,
Marquardplatz 3, 23554 Lübeck,
(0451) 8 13 27 42,
Fax (0451) 8 13 27 43;
Universität Kassel, FB 01 Humanwissenschaften, Institut für Sozialwesen,
Abteilung Sozialpolitik, Recht und Soziologie,
Arnold-Bode-Str. 10, 34109 Kassel,
(0561) 8042 970,
E-Mail mail@felix-welti.de

Wendel, Dr. Mattias, Professor,
Maitr. en droit (Paris 1),
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Internationales Recht, Europarecht
und Rechtsvergleichung,
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld
(0521) 106 67693,
E-Mail mattias.wendel@uni-bielefeld.de

Wendt, Dr. Rudolf, o. Professor,
Schulstr. 45,
66386 St. Ingbert-Hassel,
(06894) 532 87,
Fax (068 94) 532 50;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Wirtschafts-, Finanz- und Steuerrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(0681) 362-2104 oder -3104,
Fax (0681) 302-4779,
E-Mail r.wendt@mx.uni-saarland.de

Wernsmann, Dr. Rainer, Professor,
Johann-Bergler-Straße 8, 94032 Passau;
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, insb. Finanz- und Steuerrecht,
Innstr. 40, 94032 Passau,
(0851) 509-2351,
Fax (0851) 509-2352,
E-Mail wernsmann@uni-passau.de

Wessely, Dr. Wolfgang, Privatdozent,
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(+43) 1 9005 11216,
Fax (+43) 1 9005 11210,
E-Mail wolfgang.wessely@univie.ac.at

Wiederin, Dr. Ewald, Universitätsprofessor,
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 1427 73 5482,
Fax (0043) 1427 73 5489,
E-Mail ewald.wiederin@univie.ac.at

Wieland, Dr. Joachim, LL.M.,
Universitätsprofessor,
Gregor-Mendel-Straße 13,
53115 Bonn,
(0228) 923 993 34,
Fax (0228) 329 48 98;
Lehrstuhl für öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht, Deutsche Universität
für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 1409, 67324 Speyer,
(06232) 654 355,
Fax (06232) 654 127,
E-Mail wieland@uni-speyer.de

Wielinger, Dr. Gerhart,
Universitätsdozent,
Bergmanngasse 22, A-8010 Graz,
(0043) 316-31 8714,
dienstl. (0043) 316-70 31 2428,
E-Mail gerhart.wielinger@uni-graz.at

Wieser, DDr. Bernd, Universitätsprofessor,
Wittenbauerstr. 76, A-8010 Graz;
Institut für Östereichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre, Karl-Franzens-Universität Graz,
Universitätsstr. 15/C3, A-8010 Graz,
(0043) 316-380-3381 oder -3367,
Fax (0043) 316-380-9450,
E-Mail bernd.wieser@uni-graz.at

Wildhaber, Dr. Luzius, LL.M., J.S.D., Dres. h.c., LL.D. h.c., o. Professor,
Auf der Wacht 21, CH-4104 Oberwil,
(0041) 61401 2521,
E-Mail luzius.wildhaber@unibas.ch

Will, Dr. iur. Dr. phil. Martin, M.A., LL.M. (Cambr.), Professor,
EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Lehrstuhl für Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Europarecht, Recht der neuen Technologien und Rechtsgeschichte,
Gustav-Stresemann-Ring 3,
65189 Wiesbaden,
(0611) 7102 2232,
Fax (0611) 7102 10 2232,
E-Mail martin.will@ebs.edu

Will, Dr. Rosemarie, Professorin,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093 33 00-3682,
Fax (030) 2093 3453,
E-Mail Rosemarie.Will@rewi.hu-berlin.de

Wimmer, Dr. Norbert,
o. Universitätsprofessor,
Heiliggeiststr. 16, A-6020 Innsbruck,
(0043) 512-58 6144;
Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaften,
Innrain 80/82, A-6020 Innsbruck,
(0043) 512-82 00 oder -8201,
E-Mail Veronika.Obojes@uibk.ac.at

Windoffer, Dr. Alexander, Professor,
Universität Potsdam,
Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Besonderes Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften,
August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam,
(0331) 977-3513,
E-Mail Alexander.Windoffer@uni-potsdam.de

Windthorst, Dr. Kay, Professor,
Prinzregentenstr. 75, 81675 München,
(01 62) 9 02 00 76;
Professur für Öffentliches Recht,
Universität Bayreuth, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Universitätsstr. 30, Gebäude B 9,
95447 Bayreuth,
(0921) 55-3519,
Fax (0921) 55-4331,
E-Mail kwindt@t-online.de

Winkler, Dr. Daniela, Professorin,
Petershauser Str. 36, 78467 Konstanz;
Professur für Verwaltungsrecht,
Universität zu Köln,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
E-Mail d.winkler@uni-koeln.de

Winkler, Dr. Dr. h.c. Günther,
Universitätsprofessor,
Reisnerstr. 22, A-1030 Wien,
(0043) 1713 4415;
Universität Wien, Juridicum,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 1 4277 34413,
Mobil (0043) 664 230 6241,
E-Mail guenther.winkler@univie.ac.at

Winkler, Dr. Markus, apl. Professor;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
55099 Mainz,
E-Mail mwinkl@uni-mainz.de;
Hessisches Kultusministerium,

Luisenplatz 10, 65185 Wiesbaden,
(0611) 368 2517,
E-Mail markus.winkler@hkm.hessen.de

Winkler, Dr. Roland, a.o. Univ.-Prof.,
Borromäumstraße 10/2, A-5020 Salzburg,
(0043) 662 64 1260 oder
(0043) 6769 0701 71;
Fachbereich Öffentliches Recht,
Universität Salzburg,
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(0043) 66280 44 3624,
Fax (0043) 66280 4436 29,
E-Mail roland.winkler@sbg.ac.at

Winter, Dr. Dr. h.c. Gerd, Professor,
FB 6: Rechtswissenschaft, Universität
Bremen,
Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,
(0421) 218-2840,
Fax (0421) 218-3494,
E-Mail gwinter@uni-bremen.de

Winterhoff, Dr. Christian,
apl. Professor,
Theodor-Storm-Straße 1,
22869 Schenefeld,
(040) 8540 0376,
Fax (040) 8541 4880,
E-Mail post@christianwinterhoff.de;
Poststraße 9 – Alte Post,
20354 Hamburg,
(040) 359 22-224,
Fax (040) 359 22-293,
E-Mail c.winterhoff@gvw.com

Winzeler, Dr. Christoph, LL. M. (Harv.),
Titularprofessor,
St.-Jakobs-Strasse 96, CH-4052 Basel,
E-Mail capriccio77@bluewin.ch
Universität Fribourg, Institut für
Religionsrecht,
Miséricorde, Büro 4119,
CH-1700 Fribourg,
(0041) 263 0080 23,
Fax (0041) 263 0096 66

Wißmann, Dr. Hinnerk, Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Verwaltungswissenschaften,
Kultur- und Religionsverfassungsrecht,
Wilmergasse 28, 48143 Münster,
(0251) 83-26311,
Fax (0251) 83-26319,
E-Mail hinnerk.wissmann@uni-
muenster.de

Wittinger, Dr. Michaela, Professorin,
Schauinslandstraße 1, 76199 Karlsruhe,
(0721) 5916 81,
E-Mail MichaelaWittinger@web.de;
FH des Bundes für öffentliche Verwaltung,
FB Bundeswehrverwaltung, Professur für
Öffentliches Recht (insb. Staats- und
Europarecht),
Seckenheimer Landstraße 10,
68163 Mannheim,
(0621) 4295–4479,
Fax (0621) 4295–42222

Wittmann, Dr. Heinz, a.o. Universitäts-
professor,
Steinböckengasse 4/14, A-1140 Wien,
(0043) 1914 3175;
Verlag Medien und Recht GmbH,
Danhausergasse 6, A-1040 Wien,
(0043) 1505 2766,
Fax (0043) 1505 2766-15
E-Mail h.wittmann@medien-recht.com

Wittreck, Dr. Fabian, Professor,
Cheruskerring 51, 48147 Münster,
(0251) 200 6288;
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Professur für Öffentliches Recht,
Bispinghof 25/25, 48143 Münster,
(0251) 832 1199,
Fax (0251) 832 2403,
E-Mail fwitt_01@uni-muenster.de

Wolf, Dr. Joachim, Professor,
Von-Velsen-Straße 17, 44625 Herne,
(02323) 4596 25;

Juristische Fakultät,
Ruhr-Universität Bochum,
Umweltrecht, Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre,
Gebäude GC, Universitätsstr. 150,
44789 Bochum,
(0234) 322-5252,
Fax (0234) 321 4421,
E-Mail LS.Wolf@jura.ruhr-uni-bochum.de

Wolff, Dr. Heinrich Amadeus, Professor,
Rudolf-Ditzen-Weg 12, 13156 Berlin,
030-48097948, mobil 0163-9012445,
Fax 032226859576,
HeinrichWolff@t-online.de;
Universität Bayreuth, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Recht der Umwelt, Technik und Information I,
Universitätsstraße 30, D-95447 Bayreuth,
Gebäude RW I, Raum 1.0.01.106,
0921-556030 – Sekretariat -6031,
Fax 0921-556032,
E-Mail Heinrich.wolff@uni-bayreuth.de

Wolfrum, Dr. Dr. h.c. Rüdiger, o. Professor,
Mühltalstr. 129 b, 69121 Heidelberg,
(06221) 4752 36;
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535,
69120 Heidelberg,
(06221) 482-1
E-Mail wolfrum@mpil.de

Wollenschläger, Dr. Ferdinand, Professor,
Max-Planck-Str. 8, 81675 München,
(089) 470279 73;
Universität Augsburg, Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Universitätsstr. 24, 86135 Augsburg,
(0821) 598–4551,
Fax (0821) 598-4552,
E-Mail ferdinand.wollenschlaeger@jura.uni-augsburg.de

Würtenberger, Dr. Thomas, o. Professor,
Beethovenstr. 9, 79100 Freiburg,
(0761) 7 8623;
Universität Freiburg, Postfach,
79085 Freiburg
(0761) 203-2246 oder -2249,
E-Mail Thomas.Wuertenberger@jura.uni-freiburg.de

Wyss, Dr. iur. Martin, Professor,
Sandrainstrasse 58, CH-3007 Bern,
(0041) 31 372 06 12,
mobil (0041) 79 285 80 05,
E-Mail mpwyss@bluewin.ch;
Stellvertretender Chef Fachbereich II für Rechtsetzung, Bundesamt für Justiz,
Bundesrain 20, CH-3003 Bern,
(0041) 58 462 75 75,
Fax (0041) 58 462 78 37,
E-Mail martin.wyss@bj.admin.ch

Zeh, Dr. Wolfgang, Professor,
Ministerialdirektor a.D.,
Marktstr. 10, 72359 Dotternhausen,
E-Mail zehparl@t-online.de

Zezschwitz, Dr. Friedrich von,
em. Universitätsprofessor,
Petersweiher 47, 35394 Gießen,
(0641) 45152;
Universität Gießen, 35390 Gießen,
(0641) 702 5020

Ziegler, Dr. Andreas R., LL.M.,
Professor,
Gründenstraße 66, CH-8247 Flurlingen;
Universität Lausanne, Juristische Fakultät,
BFSH 1, CH-1015 Lausanne,
E-Mail andreas.ziegler@unil.ch

Ziekow, Dr. Jan,
Universitätsprofessor,
Gartenstraße 3, 67361 Freisbach,
(06344) 5902,
Fax (06344) 59 02;
Deutsche Universität für Verwaltungs-

wissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer,
(06232) 654-0,
E-Mail ziekow@uni-speyer.de

Ziller, Dr. Jacques, Professor,
Università degli Studi di Pavia,
Dipartimento di Economia,
Statistica e Diritto,
Via Strada Nuova 65,
I-27100 Pavia,
(+39) 382-98 4437,
Fax (+39) 382-98 4435,
E-Mail jacques.ziller@unipv.it

Zimmermann, Dr. Andreas, LL.M
(Harvard), Professor,
Heimat 29, 14165 Berlin,
E-Mail azimmerm@freenet.de;
Universität Potsdam, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Staatsrecht,
Europa- und Völkerrecht sowie
Europäisches Wirtschaftsrecht und
Wirtschaftsvölkerrecht,
August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam,
(0331) 977-3516,
Fax (0331) 977-3224,
E-Mail andreas.zimmermann@uni-potsdam.de

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951,
14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960, 5. Oktober 1962,
1. Oktober 1971, 6. Oktober 1976, 3. Oktober 1979, 6. Oktober 1999,
4. Oktober 2006, 3. Oktober 2007 und 29. September 2010)

§ 1

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiet des Öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des Öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des Öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch schriftliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

§ 2

(1) [1]Der Verein führt den Namen „Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“. [2]Er soll in das Vereinsregister eingetragen werden; nach der Eintragung führt er den Zusatz „e. V.“.

(2) Der Verein hat seinen Sitz in Heidelberg.

(3) Das Geschäftsjahr des Vereins ist das Kalenderjahr.

§ 3

(1) Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

a. seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat[1] und

---

[1] Mit der oben abgedruckten, am 1.10.1971 in Regensburg beschlossenen Fassung des § 3 hat die Mitgliederversammlung den folgenden erläuternden Zusatz angenommen: „Eine hervorragende wissenschaftliche Leistung im Sinne dieser Vorschrift ist eine den bisher üblichen Anforderungen an die Habilitation entsprechende Leistung.“

b. an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität[2] einschließlich der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist oder gewesen ist.

(2) [1]Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. [2]Ist der Vorstand einstimmig der Auffassung, dass die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft erfüllt sind, so verständigt er in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, dem Vorgeschlagenen die Mitgliedschaft anzutragen. [3]Erheben mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Absicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. [4]Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt sind. [5]Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

§ 4

[1]Abweichend von § 3 kann Mitglied der Vereinigung werden, wer, ohne die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 lit. b) zu erfüllen,

a. eine Professur inne hat, die einer Professur an einer juristischen Fakultät einer deutschen oder deutschsprachigen Universität entspricht,
b. seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Veröffentlichungen auch in deutscher Sprache zum Öffentlichen Recht Deutschlands, Österreichs oder der Schweiz nachgewiesen und
c. seine Verbundenheit mit der Vereinigung durch mehrmalige Teilnahme als Gast an den Jahrestagungen bekundet hat.

[2]Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlich begründeten Vorschlag von mindestens zehn Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. [3]Für das weitere Verfahren findet § 3 Abs. 2 Sätze 2 bis 5 entsprechende Anwendung.

---

[2] In Berlin hat die Mitgliederversammlung am 3.10.1979 die folgende zusätzliche Erläuterung aufgenommen: „Universität im Sinne dieser Vorschrift ist eine wissenschaftliche Hochschule, die das Habilitationsrecht in den Fächern des Öffentlichen Rechts und die Promotionsbefugnis zum Doctor iuris besitzt und an der Juristen durch einen Lehrkörper herkömmlicher Besetzung ausgebildet werden."

In Berlin hat die Mitgliederversammlung am 29.09.2010 die folgende weitere Erläuterung aufgenommen: „Gleichgestellt sind wissenschaftliche Hochschulen, die das Habilitationsrecht in den Fächern des Öffentlichen Rechts und die Promotionsbefugnis zum Dr. iuris besitzen, wenn an ihnen Staatsrecht und ein weiteres öffentlich-rechtliches Fach von mindestens drei der Vereinigung angehörenden Mitgliedern gelehrt wird."

§ 5

(1) [1]Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahr an einem vom Vorstand zu bestimmenden Ort stattfinden. [2]In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. [3]Die Mitgliederversammlung wird vom Vorstand unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen schriftlich oder in elektronischer Form unter Angabe der Tagesordnung einberufen. [4]Auf jeder ordentlichen Mitgliederversammlung muss mindestens ein wissenschaftlicher Vortrag mit anschließender Aussprache gehalten werden.

(2) Eine außerordentliche Mitgliederversammlung wird außer in den nach Absatz 1 Satz 2 vorgesehenen Fällen auch dann einberufen, wenn dies von einem Zehntel der Mitglieder beim Vorstand schriftlich unter Angabe des Zwecks und der Gründe beantragt wird.

(3) [1]Verlauf und Beschlüsse der Mitgliederversammlung werden protokolliert. [2]Der Protokollführer wird vom Versammlungsleiter bestimmt. [3]Das Protokoll ist vom Versammlungsleiter und vom Protokollführer zu unterzeichnen. [4]Es wird mit dem nächsten nach der Mitgliederversammlung erfolgenden Rundschreiben den Mitgliedern übermittelt.

(4) Für Satzungsänderungen, die Änderung des Vereinszwecks und für die Auflösung des Vereins gelten die gesetzlichen Mehrheitserfordernisse (§§ 33, 41 BGB).

§ 6[3]

(1) [1]Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. [2]Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. [3]Der Vorstand wird von der Mitgliederversammlung auf zwei Jahre gewählt; er bleibt jedoch bis zur Bestellung eines neuen Vorstandes im Amt. [4]Zur Vorbereitung der Jahrestagung ergänzt sich der Vorstand um ein Mitglied, das kein Stimmrecht hat. [5]Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet. [6]Auf der nächsten Mitgliederversammlung findet eine Nachwahl für den Rest der Amtszeit des Ausgeschiedenen statt.

(2) [1]Der Verein wird gerichtlich und außergerichtlich durch ein Mitglied des Vorstandes, in der Regel durch den Vorsitzenden, vertreten. [2]Innerhalb seines ihm nach Absatz 1 Satz 2 zugewiesenen Aufgabenbereichs ist das jeweilige Vorstandsmitglied alleinvertretungsberechtigt; insbesondere ist in allen finanziellen Angelegenheiten dasjenige Vorstandsmitglied allein-

[3] § 6 Abs. 1 in der Fassung des Beschlusses der Mitgliederversammlung in Heidelberg vom 6.10.1999; in Kraft getreten am 1.10.2001.

vertretungsberechtigt, dem der Vorstand nach Absatz 1 Satz 2 die Funktion des Schatzmeisters übertragen hat. [3]Das nach Absatz 1 Satz 4 kooptierte Mitglied des Vorstandes ist in allen Angelegenheiten alleinvertretungsberechtigt, die die Vorbereitung und Durchführung der Jahrestagung betreffen. [4]Ist in den Fällen des Satzes 2 oder 3 das vertretungsberechtigte Vorstandsmitglied verhindert, übernimmt der Vorsitzende die Vertretung, im Falle seiner Verhinderung ist eines der gewählten Vorstandsmitglieder alleinvertretungsberechtigt.

§ 7

Zur Vorbereitung ihrer Beratungen kann die Mitgliederversammlung, in eiligen Fällen auch der Vorstand, besondere Ausschüsse bestellen.

§ 8

[1]Über Eingaben in den Fällen des § 1 Ziffer 2 und 3 und über öffentliche Kundgebungen kann nach Vorbereitung durch den Vorstand oder einen Ausschuss im Wege schriftlicher Abstimmung der Mitglieder beschlossen werden. [2]Ein solcher Beschluss bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

§ 9

[1]Der Mitgliedsbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. [2]Der Vorstand kann den Beitrag aus Billigkeitsgründen erlassen.

§ 10

(1) Die Mitgliedschaft endet durch Tod, Austritt aus dem Verein, Streichung von der Mitgliederliste oder Ausschluss aus dem Verein.

(2) [1]Der Austritt erfolgt durch schriftliche Erklärung gegenüber einem Mitglied des Vorstandes. [2]Für die Erklärung ist eine Frist nicht einzuhalten. [3]Der Austritt wird zum Schluss des Kalenderjahres vollzogen.

(3) [1]Ein Mitglied kann durch Beschluss des Vorstandes von der Mitgliederliste gestrichen werden, wenn es trotz zweimaliger schriftlicher Mahnung mit der Beitragszahlung in Rückstand ist. [2]Die Streichung wird erst beschlossen, wenn nach der Absendung der zweiten Mahnung zwei Monate verstrichen sind, in dieser Mahnung die Streichung angedroht wurde und die Beitragsschulden nicht beglichen sind. [3]Die Streichung ist dem Mitglied mitzuteilen.

(4) [1]Ein Mitglied kann durch Beschluss des Vorstandes aus dem Verein ausgeschlossen werden, wenn es in grober Weise gegen die Vereinsin-

teressen verstoßen hat. [2]Vor der Beschlussfassung ist dem Mitglied unter Einräumung einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. [3]Der Beschluss über den Ausschluss ist schriftlich zu begründen und dem Mitglied zuzusenden. [4]Gegen den Beschluss des Vorstandes kann das Mitglied innerhalb eines Monats nach Zugang der Entscheidung des Vorstandes die Mitgliederversammlung anrufen. [5]Die Anrufung der Mitgliederversammlung hat bis zu deren abschließender Entscheidung aufschiebende Wirkung.

§ 11

(1) Im Falle der Auflösung des Vereins sind die Mitglieder des Vorstandes gemeinsam vertretungsberechtigte Liquidatoren, falls die Mitgliederversammlung nichts anderes beschließt.

(2) Das nach Beendigung der Liquidation vorhandene Vermögen fällt an die Deutsche Forschungsgemeinschaft, die es unmittelbar und ausschließlich für Zwecke des Fachkollegiums Rechtswissenschaft zu verwenden hat.